EL DERECHO NATURAL LAICO DE LA EDAD MEDIA. OBSERVACIONES SOBRE SU METODOLOGIA Y CONCEPTOS

Francisco Carpintero

I. Los inicios del Derecho natural de la Edad Moderna: un problema mal planteado.

Hablar del Derecho natural «laico» requiere, ante todo, una explicación sobre el uso de este desconcertante adjetivo. Tengo que indicar que lo empleo deliberadamente, porque algunos historiadores del Derecho natural y del pensamiento jurídico en general, designan a las teorías sobre el *ius naturale et gentium* que se manifiestan abiertamente en la Edad Moderna, en el primer tercio del siglo XVII, bajo los calificativos de «laico, profano», etc...[1]. La utilización de estos adjetivos por parte de estos autores pretende indicar que las doctrinas iusnaturalistas de la Edad Moderna se distinguen frente al iusnaturalismo anterior por este carácter de «secularización»[2].

Tenemos, pues, según explican diversos autores, como dos grupos de teorías iusnaturalistas: las «secularizadas» que nacen con la Edad Moderna, y otras más próximas a la Teología, que se atribuyen fun-

1. Ejemplos del uso de esta terminología los tenemos, entre otras obras, en las de A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hautprobleme in Geschichlicherschau.* Wien, 2.ª ed., 1963, pág. 108. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit.* Göttingen, 1962, pág. 109. G. Fassó se refiere a este Derecho llamándolo «non sopranaturale». Cfr. *Storia della Filosofia del Diritto.* Milano, 1966, vol. I, pág. 110.

2. En realidad, estos adjetivos que solamente hacen referencia a la posible «secularización» del Derecho natural moderno, tienen una denotación mucho más amplia, que no se circunscribe a lo que expresan directamente. Son una forma abreviada —«económica», podríamos decir— de referirse a unas diferencias más complejas entre el iusnaturalismo medieval y moderno, como veremos poco más adelante.

damentalmente a la Edad Media. Con esta contraposición entre la Edad Media, presuntamente «teológica», y la Edad Moderna, supuestamente «laica», se consigue —en lo referente al Derecho natural— una distinción nítida entre la jurisprudencia medieval y moderna. Quedarían, por tanto, dos iusnaturalismos distintos que corresponderían a los distintos substratos culturales y económicos de ambas épocas.

Ante este planteamiento de la historia del Derecho natural, la duda primera recae en este caso sobre la corrección del punto mismo de partida, y el historiador del *ius naturale* puede preguntarse: ¿fue esto realmente así?

Para entender este problema en los términos en que está planteado, es preciso hacer una breve referencia a los estados en que, a lo largo de la historia más reciente, se ha encontrado esta cuestión. Sucede, en efecto, que en el siglo XVIII aparecieron varias obras de distintos autores, que versan sobre el Derecho natural; tales son, por ejemplo, algunos de los libros de H. Grocio o de Th. Hobbes. Este hecho no hubiera distorsionado la historia del Derecho natural si Grocio o Hobbes, por seguir con el ejemplo, hubieran sido contemplados como eslabones de una cadena de autores que, desde varios siglos antes, trataron las cuestiones más directamente relacionadas con este Derecho. Sin embargo, tanto uno como otro autor aparecieron ante la historia del Derecho natural como los creadores de la nueva disciplina que, a partir de Pufendorf, comenzó a llamarse *ius naturale et gentium* [3].

Con el aumento de la historiografía sobre el Derecho natural, esta opinión ha cambiado hace tiempo y puede considerarse hoy definitivamente abandonada. En efecto, además de haberse estudiado más extensamente las doctrinas iusnaturalistas de los filósofos y juristas griegos y romanos, los historiadores de este Derecho han descubierto obras, que consideran de importancia fundamental, tanto en la Escolástica medieval como en la corriente doctrinal que se ha dado en lla-

3. Joaquín Marín y Mendoza, a finales del siglo XVIII, escribía que el fundador de la «ciencia del Derecho natural» fue Hugo Grocio. Cfr. su *Historia del Derecho natural y de gentes*. Edición a cargo de M. García Pelayo. Madrid, 1950, pág. 29. L. A. Warnkönig, en *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts,* publicada en Freiburg en 1839, comienza la exposición de las diversas teorías sobre el Derecho natural con Hugo Grocio; no alude a posibles precedentes. Poco más tarde, K. Kaltenborn, en una búsqueda explícito de este tema, sigue considerando a Grocio y a «seine unmittelbaren Nachfolger» como los únicos autores importantes para mostrar el origen y desarrollo del Derecho natural. Cfr. *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius Naturae et Gentium sowie der Politik in Reformationszeitalter*. Leipzig, 1848, pág. 188. Mucho más recientemente, J. SAUTER, en *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechts*. Wien, 1932, sigue aún esta opinión.

mar «Escolástica tardía» o «Segunda Escolástica española», que se desarrolla a lo largo del siglo XVI y en el primer decenio del siglo XVII.

Pero este segundo grupo de autores, escolásticos, «descubiertos» en la historia en un segundo momento, presentan un rasgo común que los diferencia, en su conjunto, de los iusnaturalistas de la Edad Moderna; me refiero a la condición de teólogos de la mayor parte de los integrantes de estos autores pre-grocianos. Efectivamente, el hecho de destacar esta calidad de teólogos tiene gran importancia, porque mediante la equiparación entre Edad Media-teólogos y Edad Moderna-laicos se logra una contraposición clara entre una y otra época, tal como indicaba antes. Así, pues, al tratarse de dos grupos de teorías sobre el Derecho natural, distintas porque se corresponden con otras dos etapas históricas igualmente diversas, la tarea del investigador de la historia del Derecho natural parece orientada a dos finalidades complementarias: destacar los contrastes, por una parte y, de otro lado, mostrar las conexiones existentes entre ambos bloques de doctrinas iusnaturalistas.

Es posible, sin embargo, que el establecimiento de estas conexiones entre el Derecho natural medieval y el Derecho natural moderno sea una de las tareas más difíciles que aguardan a todo el que quiera investigar la génesis del Derecho natural que se desarrolla en la Edad Moderna. Porque sucede que ambos tipos de teorías sobre el Derecho natural son excesivamente heterogéneas como para establecer que los teólogos medievales y del siglo XVI español constituyen los precedentes de Grocio o Hobbes.

La heterogeneidad a que aludo se hace patente a través de varios datos: el hecho de que Hobbes parta, por ejemplo, de un «estado de naturaleza» en el que los hombres se dejan llevar por sus pasiones no tiene antecedentes claros en los teólogos citados: éstos partían de la tesis aristotélica de que el hombre es sociable por naturaleza y, en consecuencia, ninguno de ellos empleó expresamente la hipótesis del «estado de naturaleza» para explicar el origen del poder político y del Derecho. O bien —y de aquí arrancaba el planteamiento de este estudio— podemos recordar que los teólogos escolásticos incluyeron la razón humana en una síntesis teológica que englobaba la totalidad del mundo y, en consecuencia, tal razón fue considerada como una participación de la razón divina en la criatura racional [4].

4. Sobre la inserción de la jurisprudencia en la teología mediante la metafísica, en Suárez, en quien puede quedar representada la corriente «teológica» del Derecho natural, vid., entre otros, A. DE ANGELIS, *La «ratio» teologica nel pensiero giuridico-politico del Suarez*. Milano, 1965. De todos modos, también existió un proceso de secularización del Derecho natural entre los teólogos. Sobre este tema, vid. el estu-

En cambio, los iusnaturalistas modernos tienden a considerar la pura y simple razón humana, tal como se manifiesta en cualquier hombre culto; en autores como Hobbes y Rousseau esta *ratio* prescinde de la Metafísica y corta, por ello, la última vinculación que podía subsistir entre Teología y Jurisprudencia [5].

En efecto, en los teólogos escolásticos, la *natura,* gracias a una metafísica del ser teológica que descansa en una visión cristiana del Universo, fue considerada como el principio constitutivo de las cosas y como el fin de todas ellas a causa de su origen divino, con lo que quedaba resuelto el problema de la fundamentación de la obligatoriedad del Derecho natural al afirmarse que del «ser» debe seguirse el «deber ser». Pero, al ser abandonada la Metafísica, el hombre moderno se encontró solo ante la evidencia más inmediata que le proporcionaba su razón, es decir, ante la *clara et distincta perceptio* de tipo cartesiano.

Ciertamente, el razonamiento iusnaturalista de los autores del siglo XVII sigue mediatizado por la Revelación y, por ello, no puede ser llamado laico o profano de una forma contundente: estamos aún en una época en la que los principios básicos de la moral cristiana tienen plena vigencia entre los juristas, quienes los aceptaron como tópicos indubitables en sus argumentaciones. Pero al no ser tenida en cuenta a Metafísica, lazo de unión entre una visión teísta del mundo y la Jurisprudencia, los teóricos iusnaturalistas desplazaron progresivamente el fundamento de la validez del Derecho natural desde la base teonómica que tenía entre los teólogos, hacia la razón empírica del hombre [6]. Por este camino, en el plano más cercano, como regla inmediata de nuestra conducta, aparece la razón y Dios, al no ser incluida la razón en una síntesis metafísica y teológica superior, se retira del contacto inmediato con los hombres, con lo que desaparece «la trascendencia de los preceptos que nos dicta la razón natural» [7].

Si tenemos en cuenta esta heterogeneidad, es comprensible que los historiadores del Derecho natural hayan subrayado más las diferencias que existen entre las teorías medievales y modernas sobre el *ius naturale,* que no su relación de continuidad.

dio de F. TODESCAN, *Lex, Natura, Beatitudo. Il problema della legge nella escolastica spagnola del secolo XVI.* Padova, 1973, págs. 25-82.

5. DE ANGELIS, en *La «ratio»...,* cit., pág. 31; y E. GALÁN y GUTIÉRREZ, en *Ius Naturae.* Madrid, 1861, vol. II, pág. 175, insisten en la negación de la metafísica como uno de los rasgos del Derecho natural moderno.

6. Vid. De ANGELIS, *La «ratio»...,* cit., pág. 25.

7. H. WELZEL, *Naturrecht...,* cit., pág. 107.

El problema se ha vuelto más complejo recientemente, con la aparición de la doctrina de M. Villey, que contrapone el «droit naturel classique» de Aristóteles y Santo Tomás, al Derecho natural que se desarrolla a partir del siglo XIV, tras la publicación de la obra de Occam. Sucede que Villey enfoca el antiguo problema de la presunta distinción entre estas dos etapas del Derecho natural desde un ángulo nuevo, con nuevos criterios de distinción, y éstos, al multiplicarse, pueden sumir en la perplejidad al estudioso que no posea una visión panorámica de todo el problema.

Tengo que advertir, para disipar estas posibles confusiones, que Villey y yo trabajamos sobre un material distinto, lo que es consecuencia de la distinta finalidad que persiguen ambos estudios. Villey, en efecto, quiere destacar la suerte que corrió la doctrina aristotélica aplicada a la metodología de la invención del Derecho; en mi caso, en cambio, sólo pretendo encontrar los precedentes medievales de los comienzos de la doctrina moderna sobre el Derecho natural.

A pesar de estos problemas, algunos historiadores han pretendido mostrar las conexiones existentes entre uno y otro período de la historia del *ius naturale* y H. Welzel, llevado de esta intención, escribe que «la historia del Derecho natural es, menos que ninguna otra, una sucesión discontinua de teorías contradictorias, sino que progresa con el encadenamiento de nuevos problemas sucesivos» [8]. Pero, aun valorando muy positivamente el esfuerzo dirigido a mostrar el fundamento filosófico de las teorías éticas que en cada momento histórico han pretendido fundamentar el contenido de los preceptos del Derecho natural —que es lo que se propone Welzel— seguimos todavía sin conocer con una precisión aceptable algunas facetas del esfuerzo doctrinal que hizo la Jurisprudencia europea durante varios siglos para preparar el advenimiento del iusnaturalismo moderno.

Sucede, en efecto, que no tenemos respuesta precisa a los interrogantes acerca de si las ideas básicas que utilizaron los tratadistas del Derecho natural de los siglos XVI y XVII las crearon ellos, o bien, si ya habían sido utilizadas anteriormente. En cambio, si planteamos la cuestión de investigar el origen de la actitud metódica de los primeros autores iusnaturalistas conocidos de la Edad Moderna, el asunto se vuelve otra vez más complicado.

El motivo de esta complicación se debe al desconocimiento que suele existir entre los estudiosos tanto acerca del método de estos primeros tratadistas del Derecho natural como sobre la forma de

8. Cfr. *Naturrecht...*, cit., pág. 110. Cito según la traducción castellana de F. González Vicén. Madrid, 1971, pág. 112.

proceder de los autores medievales en la elaboración de sus teorías jurídicas. Lo primero que hay que advertir a propósito de este tema es que los iniciadores del iusnaturalismo moderno mantuvieron actitudes metódicas muy distintas. Por esto, la forma logicista o matematizante de un Hobbes, que con frecuencia se la cita como ejemplo más característico del método iusnaturalista moderno, no representa en modo alguno a todo el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII. Así, Grocio y Pufendorf, por ejemplo, a diferencia de Hobbes, no presentan el criterio de la cientificidad de sus obras como descansando sobre una lógica deductivista. Ellos se movieron con amplias digresiones que incluían, fundamentalmente, argumentos de conveniencia o de oportunidad apuntalados con citas de las Sagradas Escrituras, de teólogos y juristas medievales y del siglo XVI, de clásicos de la Antigüedad griega y romana, etc... La pregunta inevitable ante este hecho es: esta forma de proceder en la creación del Derecho, ¿la tomaron de la Jurisprudencia anterior o fue una invención de la Modernidad? Tampoco existe una respuesta clara y generalmente aceptada sobre este tema.

En el intento de superar esta dificultad, algunos historiadores del Derecho natural han concedido gran importancia a Fernando Vázquez de Menchaca, jurista español que publicó sus obras a mediados del siglo XVI [9], y que ha sido considerado como este puente de unión entre el Derecho natural medieval y moderno [10]; de esta forma, la dificultad para engarzar la Edad Moderna con la Edad Media parece superada: Fernando Vázquez sería el «eslabón perdido» que explica la transición desde el Medievo a la Modernidad.

Sin embargo, la obra de Vázquez de Menchaca está mucho más próxima al iusnaturalismo moderno que no al que se encuentra en las obras de los teólogos aludidos. Encontramos en sus teorías, efectivamente, ideas sobre diversos conceptos del Derecho natural que hoy nos parecen patrimonio exclusivo de los siglos XVII y XVIII:

9. Es importante no confundir a Fernando Vázquez de Menchaca con Gabriel Vázquez de Belmonte, jesuíta, que publicó sus obras en la segunda mitad del siglo XVI. Esta advertencia la hace A. Verdross en su *Abendländische Rechtsphilosophie...,* cit., pág. 88. Pero al exponer la pretendida doctrina de Vázquez de Menchaca, Verdross se equivoca y, a pesar de su advertencia expresa, expone parcialmente la de Gabriel Vázquez de Belmonte.

10. Vid. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie...,* cit., págs. 108-111. WELZEL, *Naturrecht...,* cit., págs. 91-93. Estos autores desprenden en sus apreciaciones sobre la función de Vázquez, en gran medida, del estudio de E. REIBSTEIN, *Die Anfängen des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae illustres» des Fernandus Vasquius (1559).* Bern, 1949. Una apreciación crítica de estas opiniones se encuentra en F. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca.* Salamanca, 1975.

la doctrina del contrato social para fundamentar el poder del gobernante y la validez del Derecho, precedida de largas digresiones acerca de la vida del hombre en el *status naturae,* con el consiguiente carácter artificial del poder político y del Derecho; la consideración del *ius naturale* como el conjunto de normas que regían la vida del hombre antes de constituirse en grupo organizado políticamente, etc. Pero quizá lo más llamativo que encontramos en Vázquez sea no tanto el contenido específico de sus teorías sobre el Derecho natural como el hecho de que presenta sus doctrinas construidas sobre unas ideas que aparecen como algo ampliamente conocido en su tiempo y que, por ello, no le enfrentaron ni llamaron especialmente la atención de los juristas que estudiaron sus obras. Esto podría indicar que, paralelamente a los tratados de los teólogos, ha discurrido históricamente otra línea doctrinal iusnaturalista acerca del origen y fundamento del poder político y de las principales instituciones del Derecho privado; tal línea tendría que ser substancialmente parecida a la que comenzó a dominar la doctrina iusnaturalista moderna, y que poco tuvo que ver con las doctrinas que expusieron los teólogos escolásticos.

En consecuencia, el problema que queda planteado es el de conocer si realmente existió en la Edad Media un cuerpo de doctrina sobre el Derecho natural distinto de las teorías que sobre este Derecho natural distinto de las teorías que sobre este Derecho expusieron los teólogos que he mencionado; y, en caso de que así fuera, habría que averiguar si tal cuerpo doctrinal medieval puede ser considerado como el arranque de las doctrinas iusnaturalistas que aparecen en los siglos XVI y XVII.

Emprender una investigación de este tipo supone enfrentarse con toda una serie de prejuicios que no facilitan, ciertamente, el estudio de este tema. Sucede que los escasos estudios que existen sobre este problema han sido elaborados desde una serie de puntos de partida que niegan, directa o indirectamente, la viabilidad del estudio que aquí emprendo, y que consisten fundamentalmente en ver el iusnaturalismo medieval sólo como un transmisor de principios éticos fundamentales que, pretendidamente a través de la «Segunda Escolástica», se muestran a través de Grocio y Pufendorf. En consecuencia, los juristas medievales no son oídos cuando hablan —en el plano del Derecho natural— de cosas distintas de las concernientes a la *lex rationis*.

Esta situación se agrava cuando se estudia la jurisprudencia de la Edad Media desde los moldes intelectuales del iusnaturalismo neoescolástico; cuando tal cosa sucede, aparece, en efecto, como evidente que de la Edad Media cristiana sólo pudo surgir, bajo forma de Derecho natural, un conjunto de normas jurídico-morales. De esta

forma, lo que el historiador del Derecho natural medieval ha de buscar viene determinado por ideas preconcebidas, a priori, no extraídas del estudio de las fuentes. Por este motivo, y dado que lo contenido en las obras de los juristas medievales no siempre coincide, ni mucho menos, con lo que apriorísticamente se quiere encontrar, el resultado de la investigación resulta desolador [11].

Afortunadamente, no siempre se ha procedido así; algunos estudiosos se han acercado, sin tantos prejuicios, a los libros de Derecho de la Edad Media, y el resultado de sus estudios es muy distinto al de aquellos otros investigadores que sólo quieren ver en las doctrinas jurídicas medievales los presupuestos del iusnaturalismo racionalista a que he aludido. De todos modos, el estado actual de la historiografía sobre la historia del Derecho natural acusa la falta de un estudio que muestre las líneas fundamentales iusnaturalistas de la Jurisprudencia medieval. Con el presente estudio pretendo, por este motivo, mostrar las orientaciones más importantes cara a explicar algunas de las doctrinas modernas del Derecho natural.

Solamente me queda hacer una advertencia, y es que este estudio se mueve en un nivel puramente doctrinal: en él estudio detenidamente las teorías iusnaturalistas de cuatro autores de gran importancia en la historia de la Jurisprudencia europea; al estudiar solamente las obras de mayor difusión en las Universidades europeas durante varios siglos, pretendo evitar el peligro de caer en la curiosidad o en la mera erudición. Pero, volviendo a la idea anterior, he de indicar que, por moverme al nivel de los libros jurídicos, el estudioso que quiere ver en la Historia de las ideas, las pasiones, anhelos, etc... de los hombres, no quedará defraudado en su deseo de reconocer lo más inmediatamente vital en la entraña de los conceptos. Estos, en efecto, nunca son «puros»; la simple elección o preferencia de unos sobre otros ya indica una opción práctica. Pensemos, por ejemplo, que el *ius naturale* entendido como *naturalis libertas* o derecho natural a la libertad fue el apoyo más fuerte del individualismo jurídico-político que se desarrolló fundamentalmente en los siglos XVII y XVIII. La apelación a la *lex rationis* o razón natural cumplió, en cambio, la función de fundamentar ético-jurídicamente la obediencia que los súbditos deben al «soberano» que nace en la Edad Moderna. Obviamente, cada autor se inclinó hacia uno u otro elemento, pre-

11. Así, por ejemplo, G. FASSÒ escribía que: «I legisti, invece, che pur si impegnano in apparentemente sistematiche distinzioni, vanno ancor meno per il sottile, e affiancano l'uno all'altro modi di intendere il diritto naturale non solamente del tutto incongruente fra loro, ma inconsistenti, e di nessuna rilevanza». Cfr., *I glosatori e il giusnaturalismo medievale,* en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 40 (1963), pág. 699.

tendidamente constitutivos del Derecho natural, según sus preferencías políticas. No estamos, pues, ante una simple historia de conceptos que poco tienen que ver con la vida cotidiana; detrás de estas ideas se encuentran opciones políticas que encontraron en aquellos conceptos su fundamentación histórica. Y como el estudio que presento versa acerca de estos conceptos en la Edad Melia, el lector paciente podrá comprobar que lo que comúnmente se considera patrimonio exclusivo de los siglos XVII y XVIII, ya era compartido por hombres anteriores en varios siglos a esta época.

II. Una breve observación sobre la metodología seguida por los juristas medievales y su alcance en la formación de los conceptos del Derecho natural

1. Está muy extendida la opinión de que tanto los juristas como los teólogos medievales que trataron de temas ético-jurídicos, o sobre el Derecho natural, abusaron del razonamiento silogístico de acuerdo con el instrumental lógico, dialéctico y retórico de que se disponía en aquel tiempo. Por este motivo, un sector amplio de estudiosos de la historia del pensamiento jurídico considera que las doctrinas de estos autores no son sino una «pura traslación al Derecho del método escolástico teológico, caracterizado, como hoy es harto sabido, por su tremendo rigor lógico-formal: rigor tal, que habría de llevar a la corrupción del propio método, perdido en el culto a la forma, con la consiguiente deformación del contenido de los saberes que lo aplicaban» [12].

De acuerdo con esta forma de suponer cómo se desarrolló el trabajo de los juristas medievales, el estudioso de las teorías jurí-

12. Recojo esta afirmación del Prof. Puy porque me parece altamente representativa de la mentalidad con que buena parte de los tratadistas del Derecho natural, o del pensamiento jurídico, en general, contempla la jurisprudencia medieval. Cfr. *El problema de la lógica jurídica,* en «Anuario de Filosofía del Derecho», X (1963), pág. 53. El profesor Puy se apoya, para mantener esta opinión, en un estudio que ha tenido amplísima difusión: *Europa und das römisches Recht.* 2.ª Ed. München-Leipzig, 1953, de P. Koschaker. Esta opinión, entre otros, ya la había mantenido expresamente un prestigioso historiador del Derecho romano en la Edad Media: P. Vinogradoff, quien al hablar del renacimiento de los estudios jurídicos en la escuela de Bolonia, escribía que «Esso presenta in fondo un'applicazione al diritto del metodo che era adottato per la tratazione de tutti i problemi di teologia e di scienza, il cosidetto metodo scolastico... Il poderoso strumento per il progresso del sapere a quel tempo fu el metodo dialettico, mediante cui la logica formale ed universale analizza concetti e costruisce sillogismi». Cfr. *Diritto romano nell'Europa medievale.* 2.ª Ed. Milano, Giuffrè, 1950, págs. 45-46.

dicas de los siglos XII, XIII, XIV y XV, está tentado a pensar que los libros de Derecho de este tiempo presentan más bien la estructura de un tratado de lógica, según se desprende de la mentalidad a que aludo, o bien, de una ontología [13] hecha según un método puramente logicista.

Pero si el interesado en el conocimiento del iusnaturalismo medieval se acerca directamente a los textos de los juristas de esta época, prescindiendo momentáneamente de fuentes indirectas, encontrará una cosa muy distinta de lo que indican los autores antes mencionados. Efectivamente, nada hay en ellos que recuerde a un tratado de lógica o de metafísica. En lugar de ello, encontramos un amontonamiento desordenado de casos prácticos que no guardan una relación especial con la lógica, tanto en lo que se refiere al orden de exposición de los problemas como en la *inventio* de la solución de cada tema.

Por ello, es difícil encontrar una explicación razonable de la persistencia, aún hoy, de este tipo de afirmaciones sobre el pretendido carácter logicista de la Jurisprudencia medieval [14], sea referido a las obras de los juristas [15] o a las de los teólogos que se ocuparon de temas ético-jurídicos [16].

13. Vid. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie...*, cit., pág. 88. En este lugar, Verdross indica que el Derecho natural, durante la Edad Media, estuvo «recluido» dentro de la metafísica.

14. Nicolini se refiere explícitamente a este tema, indicando que el cuadro presentado por los que muestran a la jurisprudencia medieval como formada por silogismos «è un quadro veramente semplistico. A proposito del quale, e ben a regione, già alla fine del secolo scorso, uno studioso acuto come Pierre de Tourtoulon, avendo esaminato direttamente e compiutamente le opere di Jacques de Revigny, osservava con acutezza: «comme chacun base son jugement sur une tradition un peu vague et non sur une étude des oeuvres elles mêmes, il s'ensuit que l'imagination fait une bonne part de frais...». Questi concreti e autorevoli avvertimenti sono stati tenuti presenti dal Besta..., dal Brugi, dal Tamassia, e dal Meijers, per citare soltanto qualche nome. Essi sono stati poi ripresi e ampliati dal Genzmer». Cfr. *I giuristi postaccursiani e la fortuna della Glossa in Italia,* en «Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani». Bologna. Ottober 1963, 1968, vol. III, págs. 890-892.

15. También V. PIANO MORTARI, recientemente, escribía que «L'opera dell'interprete si risolveva in una operazione di carattere logico in cui veniva fatto lugo impiego degli strumento argomentativi della dialettica aristotelico-scolastica». Cfr. *Il problema dell'interpretazione iuris nei commentatori,* en «Annali di Storia del Diritto» II (1958) pág. 48. Por lo general, este autor mantiene la tesis —que no fundamenta documentalmente— que la cientificidad de la exégesis jurídica provenía, en aquellos juristas, del rigor lógico-dialéctico de sus deducciones. Vid. págs. 57, 67-69, entre otros lugares.

16. Así, por ejemplo, A. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO escribe que la llamada por él «ética legalista» se olvidó «de la continua indagación de las realidades morales», que fueron sustituidas «por enunciados formales que, a modo de leyes dictadas por la autoridad de los sabios, pudieran convertirse en leyes de conducta válidas para todos los hombres». El iusnaturalismo tomista, explica este autor, quedaría dentro de tal «ética legalista» ya que, en Santo Tomás, «aquellas largas explicacio-

Ciertamente, este juicio sobre la producción jurídica medieval se formó hace ya mucho tiempo [17], al parecer sin ningún fundamento documental [18]. Por el contrario, las investigaciones metódicamente dirigidas a dilucidar este problema muestran algo muy distinto. Así, por ejemplo, B. Brugi, en un estudio sobre este tema que es clásico, reconoce que los glosadores conocieron y utilizaron diversos recursos de la gramática, dialéctica y lógica que se enseñaba en el *trivium*. Pero su método de creación del Derecho —indica Brugi— superó con mucho los moldes que ofrecían los estudios gramáticos y lógicos de aquel tiempo, y construyeron un método específicamente jurídico [19], en el que la lógica y la dialéctica fueron empleadas muy sucin-

nes sólo son justificables por un rudimentario conocimiento de la historia de los pueblos y de la evolución y progreso de la naturaleza del hombre. No conocían más progreso en el Derecho natural que el progreso lógico de unos principios a unas conclusiones, a modo de silogismo, y que era realizado por los hombres sabios, porque los primeros principios del Derecho natural los poseían todos con un conocimiento inmediato.

Esta explicación —continúa OSUNA— resulta inútil en orden a probar la inmutabilidad del Derecho natural, pues concibe todo el Derecho natural como un conocimiento deductivo y axiomático, sin la menor referencia al progreso en el conocimiento humano. Bastaba, en efecto, una penetración en los primeros principios, de inmutabilidad absoluta, para ir construyendo todo el Derecho natural por vía de deducción de lo general a lo particular... Así, las categorías de Porfirio se convertían en instrumento para una perfecta catalogación de expresiones de Derecho natural, de las cuales, a su vez, por un procedimiento lógico, se podían deducir nuevas leyes, que, según el número de silogismos requeridos ,se distinguían en próximas, remotas, remotísimas, etc... Y en todo ello no había un plan de conocimiento humano, sino un juego artificioso de clasificación, al que tan afecta era la escolástica medieval». Cfr. *Las infundadas expresiones legalistas del Derecho natural clásico,* en «La Ciencia Tomista», CIV (1977) págs. 593-599.

17. LUIS CHARONDA, hacia 1550, en plena disputa entre el «mos gallicus» y el «mos italicus», llamaba «scholastici» a los juristas medievales, e indica que con sus libros «iniquitatis artem confixerunt». Cfr. *Verosimilium libri III.* Paris 1554 «praefatio». Entre otros historiadores del pensamiento jurídico, más modernos, vid. FICKER: *Forschungen zur Reichs— und Rechtsgeschichte Italiens,* III, 1. Innsbruck, 1870, págs. 491 y ss. L. CHIAPPELLI, *La polemica contro i legisli dei secoli XIV, XV e XVI,* en «Archivio giuridico», 1881, pág. 298. R. STINTZING, cuya obra es aún de importancia fundamental, parece inclinarse también, aunque de forma más tenue, en este sentido. Vid. *Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft.* München-Leipzig, 1880, vol. I, págs. 106 y ss.

18. B. PARADISI indicaba en 1960: «¿...perchè non tocare anche l'annosa soluzione del metodo dialettico? Gli errori della scienza meno recente sul suo impiego da parte dei Glossatori non derivano però soltanto da uno sguardo a volo d'uccello, da una sintesi troppo frettolosa. Essi hanno la loro origine nella mancanza di conoscenza positiva». Cfr. *La difusione europea dell'opera di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza,* en «Studia et documenta Storiae et Iuris», XXVI (1960) pág. 13.

19. «...non mi sembra di ciò, col FICKER, esagerare l'importanza. Forse si potrà dimostrare che i glosattori adottarono il metodo stesso di citazione delle fonti teologiche. Se poi parangoniamo il frutto di quella scuola per la giurisprudenza, facile è vedere la grande distanza che separa la scuola bolognese dalle precedenti. La glossa bolognese emerge per la grande padronanza di tutte le fonti; per el sicuro

tamente [20]. Paradisi, más recientemente, ha sostenido, de acuerdo con Meijers, que no sería exacto hablar de un método dialéctico específicamente jurídico, ya que la función de la dialéctica en los principales juristas medievales era fundamentalmente expositiva de lo que ya había sido decidido. Se trataba de un recurso para convencer al auditorio, sin gran interés práctico, en el que lo más que se puede contemplar es, con palabras de Meijers, «un homenaje inconsciente de la superioridad de la inteligencia sobre la memoria» [21].

fundamento dei principi di diritto a cui ricondusse le decisioni dei casi; pero aver colpito in modo mirabile la «mens legis» e preparato le dottrine del diritto comune; per essersi sempre appropiata il tecnicismo giuridico romano anche nei punti più sottili. Tutto si deve al metodo dei glossatori e al loro squisito sentimiento giuridico». Concluye este autor indicando que, frente a la lógica y la dialéctica, «i glossatori, favoriti di varie circostanze, fecero un metodo proprio». Cfr. *Il metodo dei glossatori bolognese.* Studi Riccobono, I. Palermo, 1936, pág. 31. Lo mismo indica H. HORN, quien hace notar expresamente, siguiendo lo escrito por BALDO, que la *vera philosophia legalis* es más que una simple *philosophia dialectica,* y expone ejemplos, ya propuestos por BALDO, de cómo la lógica jurídica es distinta de la lógica de los *artistas seu philosophos.* Vid. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus,* en «Ius Commune» II (1969), pág. 138.

20. «A me fa l'impresione che Irnerio sia stato molto parco nel mostrare el uso della logica; e credo proprio abbia ragione il Besta (L'opera d'Inerio, Torino, 1896) di dire che Irnerio, sebbene ricorresse soventi agli artifici della dialettica, non ne abusò e fu conciso e preciso nelle glosee». Cfr. *Il metodo...,* cit .pág. 27. N. HORN, por su parte, hace un estudio detenido de las fuentes de la argumentación jurídica de BALDO. En ella entran las Sagradas Escrituras, citas de diversos filósofos y poetas, además de las referencias al *Corpus Iuris.* En las págs. 110-112 expone la frecuencia —en forma estadística— en que es citado cada autor, por BALDO, especialmente ARISTÓTELES y CICERÓN. Es significativo que los lógicos de la Edad Media no aparezcan en el primer cuadro y que, de las obras aristotélicas, la «Tópica» sólo es citada en una sola ocasión la mismo que la «Retórica» de CICERÓN. En cambio, otras obras de estos mismos autores son citadas con mucha frecuencia. Por ello, HORN explica que son muy numerosas las citas de ARISTÓTELES que hace BALDO con toda precisión, pero hay que reparar, indica este autor, «dass unter den genaueren Zitaten die logischen Schriften des ARISTÓTELES fast völlig fehlen». Cfr. *Philosophie in der Jurisprudenz...,* cit. pág. 131. Es interesante contrastar los resultados de este estudio con el «Indice de los textos literarios» que expone A. SCHIAVONE en *Studi sulle logische dei giuristi romani. Nova negotia et transactio de Labeone a Ulpiano.* Nápoles, 1971, págs. 185-190. Las fuentes filosóficas y literarias que forman parte de la argumentación jurídica son extraordinariamente parecidas en el *Corpus Iuris* y en BALDO, según se desprende de esta comparación. En ambas destaca la afición por la Etica y el mismo uso de la Lógica. Por su parte, O. BEHRENDS, en *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex.* Göttingen, 1976, pág. 28, escribe que «Es finden sich denn auch im Werke des Mucius feinsinnige Auslegungsentscheidungen, die eine formale grammtische Schulung verraten, aber keim logistischen Elementen».

21. «Il Meijers sostiene che sarebbe un errore caratterizare gli scriti della scuola di Orleáns attraverso l'uso della dialettica e più ancora di parlare qui di un metodo dialettico specificamente giuridico. Le digressione dialettiche non vi avrebbero un grande interesse pratico. Erano un modo di avvincere l'uditorio, essendo un «hommage inconscient á la superiorité de l'intelligence sur la memoire». Non posso che applaudire, avendo da parte mia sostenuto il ruolo specificamente espositivo della dialettica nei Commentatori *(Metodo di esposicione e creazione del sis-*

Sin embargo, este prejuicio sobre el fundamento y estructura del razonamiento jurídico medieval constituye una fuente de confusiones de tal importancia que, mientras no la superemos, seremos incapaces de entender la historia del Derecho natural en la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna. Para disipar estas confusiones es preciso, por tanto, estudiar no solamente los conceptos y la fundamentación de los preceptos del Derecho natural en la Edad Media, sino aludir también, aunque sea muy brevemente, a la actitud metódica conforme a la cual los juristas medievales crearon sus doctrinas, entre ellas el Derecho natural.

2. No es el momento de exponer detenidamente el método, o los métodos, jurídicos medievales. Esta tarea ya está realizada en buena parte [22] y aquí sólo pretendo aludir a vista de pájaro a lo más básico de la metodología jurídica medieval.

Sucede, en efecto, que los juristas de los siglos XII, XIII, o XIV elaboraron sus teorías fundamentalmente en forma de glosa o comentario al Derecho romano. Para ello, fijaban el texto romano, sin preocuparse gran cosa de la fiabilidad de los manuscritos en que venía recogido [23] y, después, referían a cada texto los problemas que podían encontrar su solución en él.

De esta forma, el texto romano suele aparecer en el lugar central de las páginas de cada libro. Los primeros glosadores escribían entre las líneas de los juristas romanos [24], o bien intercalaban letras en el texto y en los márgenes de las páginas desarollaban su exégesis [25]. A partir del siglo XIV encontramos una forma más depurada de co-

tema nei Maestri italiani del secolo XVI. Comm. des XI Congrés Inter. des Sc. Hst. Stokolm, 1960, págs. 218 y ss.). Cfr. *La scuola di Orléans: un'epoca nuova del pensiero giuridico. A proposito del volume di A. M. Meijers: Etudes d'histoire du droit 3/1*, en «Studia et documenta historiae et iuris», XXVI, (1960), pág. 356.

22. Vid. entre otros a L. LOMBARDI: *Saggio sul diritto giurisprudenzale*. Milano, 1967, págs. 79-200, que expone resumidamente los resultados obtenidos por GENZMER, PARADISI, SCHULZ, KUTTNER, LANG, KANTOROWICZ, COING, etc... Un estudio de estilo nuevo, mucho más completo que cualquier otro es el de G. OTTE: *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*. V. KLOSTERMANN, Frankfurt am Main, 1971.

23. Normalmente aceptaban la edición del *Corpus Iuris* conocida como *litterae vulgata,* sin preocuparse de esclarecer su contenido mediante análisis filológicos o históricos. Vid. N. HORN, *Die juristische Literarturtypen der Kommentatorenzeit,* en «Ius Commune», II, (1969), pág. 86.

24. Vid., entre otros muchos, a KUTTNER: *Bernardus Compostellanus Antiquus,* en «Traditio», I, (1943), pág. 279.

25. SAVIGNY repara en estos dos tipos de glosas al tratar sobre la obra de IRNERIO, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función diferente. Según SAVIGNY la glosa interlinear servía para aclarar, mediante sinónimos o análisis filológicos, el significado de una determinada palabra. La glosa

mentario: el texto quedaba dividido en *leges* o *paragrapha,* y debajo de cada una de estas divisiones insertaban un *summarium* con las cuestiones que presuntamente podían ser resueltas a la luz de ese texto. Desarrollaban sus respuestas a las cuestiones del *summarium* a continuación, y una numeración marginal servía para relacionar cada desarrollo concreto con las cuestiones propuestas en el sumario antecedente.

En consecuencia, la forma externa que reviste buena parte de la jurisprudencia de la Edad Media consiste en un amontonamiento de casos prácticos hecho sobre la, a su vez, inmensa casuística romana; es decir, unos problemas que no estaban agrupados ni siquiera temáticamente, elaborados sobre unas fuentes que ya los humanistas del siglo XVI consideraron caóticas por la supuesta falta de orden con que había procedido Triboniano en la recopilación de las opiniones de los jurisprudentes romanos [26].

Por su parte, el desarrollo y solución de los argumentos de que constaban cada uno de estos casos sólo presentan una cierta uniformidad en lo que se refiere al orden externo de su presentación, que solía seguir un esquema más o menos tipificado [27]. En cambio, el

marginal, en cambio, tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del *Corpus Iuris.* Cfr. *Geschichte der römischen Recht im Mittelalter.* Darmstadt, 1956, capítulo XXVI.

26. Así lo manifestaba LUIS CHARONDA: «eósque magis exoptet quam haec abscissa et mutila veteris iuris prudentiae fragmenta, quae sic à Triboniano disposita sunt, ut nullus, sit, qui non ea legens, integrorum voluminun iacturam graviter molestésque ferat». Cfr. *Verosimilium libri III,* cit., *Praefatio,* pág. 3. M. VILLEY, en *La formation de la pensée juridique moderne.* París, 1968, págs. 522-523, recoge este tipo de lamentaciones de los humanistas del siglo XVI; pero las apreciaciones que aquí hace VILLEY sólo son ciertas parcialmente: los humanistas, al pretender ordenar el *Corpus Iuris,* no se propusieron todos el exponer su contenido «sistemáticamente». Para la mayor parte de ellos, «ordenar» el Corpus Iuris, significaba exponer las opiniones jurisprudenciales romanas agrupadas en torno a cada autor, según el orden cronológico de su creación. Vid. sobre esto a F. CARPINTERO: *«Mos italicus», «mos gallicus» y el Humanismo jurídico racionalista. Una aportación a la historia de la metodología jurídica,* en «Ius Commune», VI (1977), pág. 129.

27. La *quaestio* jurídica medieval solía presentar la siguiente estructura: 1) Comienza por la *rubrica* o *titulus;* 2) El siguiente elemento es el *exordium,* que es sólo una frase introductoria, sin más importancia: *talis quaestio... ardua est,* por ejemplo. 3) Sigue el elemento más característico de todos: el *casus,* llamado también *causa, negotium, materia, tema,* etc... El hecho de plantear el problema o caso práctico era llamado *ponere* o *proponere;* 4) Viene la sentencia, introducida por la palabra *quaeritur,* o *nunc, indequaeritur, quaestionis est, iuris est quaestio, vertitur in quaestionis,* etc... En algunos casos poco frecuentes se emplea la fórmula *controversia est, indagatur, examinandum, propono;* 5) Después, los *disputantes, argumentantes, opponens et respondens,* exponían los *argumenta et allegationes legum;* 6) Finalmente, venía la *solutio,* término que rara vez aparecía expresamente. Vid. H. KANTOROWICZ, *The «Questiones disputatae» of the Glossators,* en «Revue d'Histoire du Droit», XVI (1938), págs. 17-29.

En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un

itinerario intelectual realmente seguido por el jurista en la resolución de estas «cuestiones» o casos prácticos no se deja tipificar en ningún procedimiento lógico uniforme. En primer lugar, el legista tenía en cuenta la lex, es decir, el texto del *Corpus Iuris* que interpretaban. Los juristas medievales, especialmente los glosadores de los siglos XII y XIII, volcaron sus esfuerzos en determinar el significado de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió un tratamiento hermenéutico propio. Astuti llama a este tipo de interpretación «glosas gramaticales o lexicográficas», y entiende que las que existen en la glosa de Acursio son un residuo de las antiguas glosas interlineares que se dirigían a la interpretación directa de cada palabra [28]. La falta de la adecuada cultura histórica y gramatical de estos juristas, con las consiguientes arbitrariedades en la interpretación del texto romano [29], hizo de tales

cierto orden estereotipado. En primer lugar introducían una breve aclaración para cada *lex* o *constitutio,* después exponían resumidamente lo que era considerado esencial del texto glosado; en tercer lugar, seguía la lectura de dicho texto; después de la lectura, referían a ese texto los otros lugares del *Corpus Iuris* en donde se encontraban soluciones a casos similares. Tales *sententias* podían ser semejantes o discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum;* en quinto lugar, ponían de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado, y que, comúnmente, llamaban *brocarda;* posteriormente, venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones,* y se terminaba con la exposición de la solución.

Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo: JUAN BASSIANO (siglo XII), el Hostiense y Odofredo de Denariis (siglo XIII). Vid. sobre este tema el estudio de P. WEIMAR *Dis legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterricht der Glossatorenzeit,* en «Ius Commune», II, (1969), págs. 43-83. Una explicación bastante amplia sobre la estructura de los diferentes tipos de *quaestiones* se encuentra en la obra de G. CHEVRIER: *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XII et au XIII siècles,* en «Archives de Philosophie du Droit», XI, (1966), págs. 115-148. Conviene tener en cuenta, para no sobrevalorar nuestro conocimiento acerca de la metodología jurídica medieval, lo que indica U. NICOLINI: «Dall'aparente uniformità della produzione giuridica di una certa età o dalle lungaggini degli scritti di una certa scuola non si giungerà che a un giudizio dall'esterno, a un giudizio esteriore». Esta cita, dirigida expresamente contra los juicios de valor de SAVIGNY acerca del método de algunos juristas medievales, se encuentra en *I giuristi postaccursiani...,* cit., vol. III, pág. 828. En consecuencia, el itinerario real intelectual del jurista, es decir, lo que podríamos llamar el método «interno», queda al margen de los procedimientos formales que he expuesto acerca de la estructura de la *quaestio* o de la forma de enseñar el Derecho en la Edad Media.

28. Vid. *La «glossa» accursiana,* en «Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani». Milano, 1969, vol. II, pág. 336.

29. U. GUALAZZINI considera que «Gli uomini di legge sentirono la necesità di cogliere l'essenza del pensiero del legislatore atraverso una esegesi letterale dei testi che, senza rappresentare una vera e propria interpretazione, consentise ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso al metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscano neppure la regole più elementaria della fonetica nè il greco, nè la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola,

glosas un elemento del razonamiento jurídico especialmente ágil, cambiante, un factor de libertad y de inseguridad a la hora de determinar la solución concreta, de acuerdo con el significado que cada cual atribuía al pasaje del Derecho romano que comentaba. Por este motivo, y a fin de mantener una cierta seguridad jurídica, diversos derechos estatutarios impusieron a estos juristas la obligación de interpretar el *Corpus Iuris sicut littera iacet et sonat* [30]. A pesar de este tipo de restricciones, la jurisprudencia medieval, por lo general, no dependió de la letra de la ley, y lo que pudiera haberse reducido a una simple glosa fue, con frecuencia, auténtico comentario o, por decirlo con palabras de un jurista del siglo XIII, una *expositio generalis supra textum* [31]. Por este motivo, la *littera legis* cumplió la función de ser un tópico más en la dialéctica de su argumentación [32].

Además de la *lex,* aducían *rationes,* que eran argumentos de conveniencia, oportunidad, lógica o justicia, que tuvieran apoyo en una ley divina o humana. Aquí se desplegaban los conocimientos históricos, dialécticos, los dogmático-jurídicos, y jurisprudenciales [33] al servicio de la argumentación en el Derecho. Los autores que han estudiado la metodología de esta época están de acuerdo casi unánimemente en destacar este momento de la creación del Derecho como el más importante en los juristas de esta época [34]. Efectivamente, lo decisivo en sus argumentaciones solía ser un entramado de conceptos estrictamente jurídicos que, a modo de cuerpo doctrinal común a todos los juristas, permitía subsumir un *casus* en él, y determinar su naturaleza jurídica de acuerdo con la doctrina de la época. Esto supone, como es obvio, afirmar que existió una fuerte tendencia sintética en la jurisprudencia de la Edad Media que, mediante el contraste de un texto con los *loci paralleli aut contrarii,* buscaba la solución

si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche». Cfr. *Trivium e Quadrivium,* en «Ius Romani Medii Aevi». Pars. I, 5.ª pág. 38.

30. Cfr. GENZMER: *Kritische Studien...,* cit., pág. 316.

31. Vid. NICOLINI: *I giuristi postaccursiani...,* cit., págs. 884-885.

32. H. COING equipara la función de las «leges» citadas por los glosadores con los *topoi* aristotélicos. Cfr. *Trois formes historiques d'interpretation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse,* en «Revue historique de Droit français et étranger». Quatrième sèrie, 48, (1970), págs. 537 y 538.

33. La alegación de la jurisprudencia es una faceta de esta argumentación jurídica, muy poco estudiada. Vid. el estudio de A. SERGÉNE: *Le précédent judiciaire au Moyen âge,* en «Revue historique de droit français et étranger», XXXIX (1961) págs. 224-254 y 359-370.

34. COING explica que «leur pensée pourrait être appelée «argumentative». Le légiste regarde un texte du Digeste ou du Code non comme l'expression ou l'application d'une règle générale, mais comme base ou siège d'un *argument*». Cfr. *Trois formes historiques d'interpretation...,* cit., pág. 531.

de los problemas gracias a la conciliación de las eventuales antinomias, o a la aplicación de reglas creadas mediante el razonamiento analógico. De esta forma, al tenerse en cuenta en cada caso el complejo total del *Corpus Iuris,* consiguieron crear paulatinamente un cuerpo doctrinal jurídico unitario y coherente [35], de forma que tales *rationes* permitían entender un texto a la luz del conjunto del Derecho romano, que servía, así, de contexto [36].

Finalmente, utilizaban argumentos de autoridad que, en la mejor época de la jurisprudencia medieval, fueron considerados de escaso valor [37], y que fueron adquiriendo importancia a lo largo del siglo XIV, con el aumento de la literatura «consiliar» [38], llegando a provocar en el siglo XV una degeneración de todo el método jurídico, que quedó reducido en buena parte a una acumulación de opiniones sobre cada tema, de valor dudoso [39]. Quizá sea ésta la nota más negativa de la

35. Vid., entre otros, el estudio de ASTUTI, *La «Glossa...»,* cit., págs. 307-308, 337, 341, entre otros lugares.

36. Indica PIANO MORTARI que «per cogliere la *ratio* di una norma, egli doveva sempre porla in relazione al complesso totale dell'ordinamento giuridico di cui faceva parte. Il significato di un precetto poteva esser pienamente intesso solo attraverso l'individuazione dei suoi rapporti logico-giuridici con le altre leggi del regime positivo». Cfr. *Il problema déll'interpretazione...,* ct. pág. 73. Poco más adelante, en las páginas 76-77, continúa: «Il pensiero dei glossatori di un'armonia costitutiva del *Corpus Iuris* venne estesa al complesso totale del regime positivo. Il compito dell'interprete era di stabilire il significato giuridico di un singolo precetto, tenendo presente il criterio generale della necessità della coordinazione, della concatenazione e dell'armonizazzione fra tutte le norme appartenenti al medessimo sistema legislativo, indipendentemente dalla loro fonte particulare». Vid. también, para este tema, en general, el estudio del mismo autor *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica acursiana,* en «Studi Medievali» VI/VII, 1965, 289-328. Sin embargo, G. OTTE, estima que «Für die Beschäftigung mit dem materiallen Inhalt der Jurisprudenz der Glossatoren schliesslich gewinnen wir drei Resultate: Die Mediavistik wird die kleine Begriffssysteme der Glossatoren nachzeichen können. Hier muss sie sich hüten, mehr geben zu wollen als die Glossatoren selbst. Sie darf nicht den grösseren Zussammenhang umgreifender Systeme voraussetzen. Zweitens wird sie die Behandlung von Einzelproblem darstellen können. Hier hat sie daraug zu achten, das Lösungvorschläge der Glossatoren weithin keine Endgültigkeit beanspruchen. Sie wird nicht durch übergehen das noch heutiger Ansicht abwigen den Eindruch der Stimmgkeit erzwingen dürfen. Die reizwollste und wichgste Aufgabe aber wird darin bestehen, die Entwicklung und Anwendung allgemeiner Sätze, seien sie *loci commnes* oder *regulae iuris,* zu verfolgen». Cfr. *Dialektik...,* cit., págs. 229-230.

37. Vid. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali,* en «Revista italiana per la Scienze giuridiche», VII serie III (1954-55), págs. 457-468. B. Brugi: *Sentenze di giudici antiqui e opinioni comuni di dottori,* en «Per la storia della giurisprudenza e delle Universitè italiane». Nuovi saggi. Milano, 1921, págs. 81-96.

38. Vid. L. LOMBARDI, *Saggio...,* cit., págs. 124 y ss.

39. ALFONSO DE CASTRO escribía sobre este extremo: «praesertim cum in aliis rebus leges et iura usque ad nauseam citare. Hoc autem faciunt tam frequenter et tam abunde, atque tediose, ut multo plures charta simpleant citationibus suis, quam in proferendis sententiis suis: adeo, ut si a quovis magno aliquo illorum opere tes-

jurisprudencia que nace en la Edad Media; conviene hacer notar, de todos modos, que esta degeneración del método jurídico se desarrolla a partir del siglo XV. Los juristas medievales más conocidos —Bartolo, Baldo y, anteriores a ellos, Acursio, etc.— quedan a salvo de los reproches que se puedan hacer en este sentido, como reconocieron los detractores de la llamada, por ellos, «jurisprudencia silogística».

De todo esto resultaba una argumentación extraordinaria fluida, no siempre ligada a formas pre-establecidas, construida, como hemos estudiado, sobre unas fuentes muy distintas [40]. No se trataba, por tanto, de una construcción doctrinal hecha sobre una lógica demostrativa que se mostraría en una presunta cadena de razonamientos que se deducirían necesariamente de unas premisas tenidas por indiscutibles [41]. Ciertamente, parece que existió en la Alta Edad Media

timonia legum et canonum, et aliorum Auctorum illic citata subtraxeris, et solam rerum sententiam reliqueris, ingens et immensum illud opus in parvum aliquod opusculum rediges...

Nam tam frequens et tam prolixa legum, et canonum, et Doctorum citatio ad solam proficit memorian ostentationem; non autem ad meliorem interpretationem aut maiorem confirmationem rei de qua tractat. Quae res non parvum solet audientibus aut legentibus generare fastidium, et saepe illorum perturbare memoriam». Cfr. *De potestate legis poenalis libri duo.* Murcia, 1932, L. II, cap. IX. Sobre las acusaciones y defectos que se han achacado a la jurisprudencia «dialéctica», «escolástica», «silogística», etc., así como las defensas que se han realizado contra estas acusaciones, vid. el resumen del estado de la cuestión que hace U. Nicolini en *I giuristi postaccursiani...,* cit., pág. 889, nota 197.

40. U. Gualazzini indica que «Il ricorso abbastanza frequente... al diritto naturale, o al diritto divino offriva, in sostanza, il mezzo giuridicamento sicuro non solo per una applicazione più libera del principi generali, ma anche per una esegesi meno vigorosa delle fonti giuridiche, perfino di quelle giustinianea». Este despego del principio de autoridad, en este caso, de la autoridad del Derecho romano, llevó hacia una argumentación muy libre, cuya substancia más íntima residía en la racionalidad del discurso. De esta forma —sigue explicando Gualazzini— «Guido, vescovo ferrarese, nel suo libello *De scismati Hildebrandi,* si pose un interrogativo semplicemente retorico... Per lui non è applicabili alcuna legge, intensa come somma di norme... E tutto il suo discorso, partendo de tale presupposto, si svolge sulla base di *ratiotinationes,* che *Proponens* e *Respondens,* dialogando (proprio secondo la metodologia della scuole di arti liberali) si pongono al fine di *universa risolvere*». Cfr. *Trivium...,* cit. págs. 26 y 41.

41. Piano Mortari parece inclinarse a favor de la tesis del tratamiento axiomático-deductivo, según se desprende de lo que expone en *I Commentatori e la scienza giuridica medievale,* Catania, s/f. págs. 78-79. El estudio más esclarecedor sobre este tema es, quizá, el de G. Otte: *Dialektik und Jurisprudenz...,* cit. Otte examina detenidamente el empleo que dieron los glosadores a la lógica, dialéctica y retórica de su tiempo. Expone, a este propósito, la estructura formal del razonamiento jurídico de estos juristas, deteniéndose expresamente en los temas de la *divisio, definitio, iudicium, conclusio* y *proba.* En las páginas 145 y ss. emprende el estudio del *syllogismus y la conclusio.* Su juicio sobre este tema lo expresa indicando que «Der Eindruck, den die dialektischen Elemente in der Jurisprudenz der Glossatoren hervorrufen, ist zweipältig. Auf der einem Seite steht das ganz unsystematische, für dio Verfolgung jedes beliebigen Zweckes geeignete Argumentieren. Diese zweispältigkeit entspricht der Natur der vetus logica... Die Jurisprudenz der Glossatoren ist

una fuerte inclinación, especialmente en los jueces prácticos, de crear Derecho de forma silogístico-deductiva [42]. Pero en la época que estamos estudiando prevaleció una visión de la metodología jurídica más apegada a la vida concreta, profundamente realista y práctica, muy distinta, por tanto, de silogismos y deducciones. «El jurista (medieval) —escribe Giuliani— no calcula, no hace silogismo, sino que «distingue» problemas. La teoría dialéctica de la *interpretatio iuris* parece resolverse en una teoría de la argumentación jurídica, en una metodología de problemas. Este es el motivo por el que el jurista moderno, que se mueve en la literatura medieval con las categorías de la dogmática jurídica en que se ha educado, se siente desorientado cuando afronta la forma según la cual se presenta el razonamiento «judiciaire» [43].

Por esto, el método de estos juristas, considerado desde los inicios mismos de la escuela de Bolonia, puede ser caracterizado simultáneamente como inductivo y deductivo. Deductivo, porque la misión del jurista en cualquier época es la de aplicar una regla a los casos concretos que ofrece la vida real, ensanchando o limitando el campo de aplicación de tales normas. Inductivo, porque estos juristas, partiendo desde la realidad social, es decir, desde observaciones múltiples y proposiciones singulares, llegaron hasta enunciados generales que los constituyeron en *regulae* [44].

in dem Zwischenreich zwischen Axiomatik und Rethorik angesiedelt... Wir sind in unserer Darstellung bereits auf die haupsächlichen Hindernisse gestossen, die sich solchen Versuchen (se refiere a los intentos que pretenden encontrar unos nexos lógicos inmutables en las obras de los glosadores) entgegenstellen: die Unzulanglichkeit der Suche nach juristischen Axiomen». Cfr. op. cit., págs. 228-9.

42. Según expone GUALAZZINI, los jueces, a diferencia de los juristas, tendieron a atenerse estrictamente a la ley. Sobre este tema, este autor escribe que: «Mai i giudici reagirono a tali sistemi, timorosi forse di perdere il senso della legge, che spesso era il prodotto di giurisprudenza più che di diretta essegesi di testi legislativi. Ora, mentre la coscienza dei giuristi più illuminati ed aperti chiedeva libertà assoluta nella esegesi e nella interpretazione della legge... la gretta visione di altri... spingeva a preferire la *regula iuris* alla legge, e ad acettare sapinamente la via tracciata dalla logica formale, ove tutto sembra chiaro e giusto e consequenziale, perchè essa è apodittica nei presupposti e spesso acritica nella conseguenza». En nota a pie de página indica que «Da un iniziale schematismo suggerito da certe giuristi che... suggerirono la adozione di criteri del tutto formali e assolutamente inetti e stabilire il grado di attendibilità della documentazione presentata, si passó, e non senza resistenza anche autorevoli, a sostenere la necessità di indagine più ampie, al di fuori di ogni linea precostituita... Si doveva mirare alla sostanza dei problemi e al fine dell'indagine, che era quello di accertare una verità obbiettiva e non formale». Cfr. *L'insegnamento del diritto in Italia durante l'alto Medioevo,* en «Ius Romanum Medii Aevi», Pars I, 5b aa), págs. 35 y 43.

43. Cfr. A. GIULIANI, *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XIIIème siècle,* en «Studia et documenta historia et iuris», XXXIV (1968), pág. 227.

44. Vid. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...,* cit., págs. 890-894. GUALIZZINI, *L'insegnamento del diritto...,* cit., págs. 32-33.

Por este motivo, la formación de las normas jurídicas, llamada *traditio regule,* consistía en una *reductio ad unum* de las *causas* o *rationes* que se encontraban dispersas a lo largo del *Corpus Iuris* y que presentaban una cierta similitud [45], de forma que tales *causae vel rationes* encontraban en un principio general una expresión común que, de alguna forma, las representaba a todas ellas.

Por este hecho, en las glosas marginales de los siglos XII y XIII y en los comentarios que alcanzan su plenitud en el siglo XIV, encontramos una tensión entre las dos exigencias fundamentales del trabajo jurídico, es decir, entre el momento deductivo y el inductivo. Por una parte, el cometido de aplicar las normas ya existentes, localizadas en un lugar concreto del *Corpus Iuris* encontraba su expresión en los diversos *apparatus* que crearon los juristas de este tiempo; el *apparatus* consistía en la operación lógica mediante la que se aplicaba el principio general encontrado en el Derecho romano a un caso tomado de la vida práctica; como sucede con cualquier intento de aplicar una regla a un supuesto de hecho, lo que salta al primer plano es la norma que se considera, y el procedimiento de aplicación tiende hacia el deductivismo. Pero, por otro lado, la *regula iuris* aparecía expresamente construída con el material fragmentario existente en el Derecho romano: se trataba de una amplísima operación de búsqueda de ideas que fueran más o menos semejantes para que, mediante la *extensio analogica,* agrupar a tales ideas en una *regula* que, en este caso, se llamaba *brocardus;* obviamente, lo que destaca de forma inmediata en este momento del quehacer jurídico es lo fragmentario, el dato suelto tomado de la vida práctica, y la regla aparece como el producto, al final del proceso [46].

3. No toda la jurisprudencia medieval se hizo, sin embargo, bajo forma de glosa o comentario directo al *Corpus Iuris,* ya se tratara de

45. CAPRIOLI explica que «...i glossatori hanno sentito la formazione della «regula» come il procedimento col quale si attua una «reductio ad unum» delle «causa, i (dest) rationes». Nel proemio all'apparatus scrive Dino: «quia plures erant primo numero rationi ad unam ex omnibus coniunctis procedentem reducentur per regulam; et ideo proprie dicendum quod officium regule est rationes coniungere videtur». Cfr. *Tre capitoli intorno alla nozione di «regula iuris» nel pensiero dei glossatori,* en «Annali di Storia del Diritto, V-VI, (1961-1962), pág. 327.

46. «Il brocardo esplicita il criterio generale di giudizio che, restando implicito nei testi contrari, si manifestava in forma antinomica... Differiscono i *brocarda* dagli *apparatus* per la dinamica del pensiero: mentre nei *brocarda* il *generale* viene formulato come solutio dell'antinomia, negli apparatus il principio generale è considerato immediatamente... *Brocarda* e *apparatus* alle *regule iuris* cristallizzano due momenti del pensiero giuridico: l'uno euristico (induttivo), l'altro esegetico. Ma netta separazione frai i due momenti non sono posibili, perchè sarebbe facile cogliere scambi fra essi». Cfr. Caprioli: *Tre capitoli...,* cit. págs. 223-224.

brocarda o de *apparatus;* además de estos géneros literario-jurídicos, los juristas medievales crearon otros estilos jurídico-literarios entre los que se encuentran las *quaestiones;* puede pensarse que este género literario fue el cauce por el que la lógica se adentró en el campo del Derecho. El título mismo de tales obras induce a pensar así; en efecto, las *quaestiones* hacen referencia a una forma de argumentar muy conocida entonces entre los teólogos, y los mismos juristas de aquella época llamaban a sus estudios *quaestiones dialogiae* o *quaestiones dialecticae,* ya que en ellas se seguía el método escolástico del *sic et non* [47]. Incluso encontramos *quaestiones* que no llevan a ninguna solución: lo único importante en ellas es la argumentación considerada en sí misma. Pero esta especie de *quaestiones* representó cuantitativamente un sector mínimo de la literatura jurídica medieval, «spinta verso l'applicazione del diritto alla vita», como indica Paradisi [48].

De hecho, los testimonios expresos de la época sobre la aplicación de la dialéctica al Derecho nos muestran una jurisprudencia profundamente refractaria a encasillar sus razonamientos en esquemas rígidos preconstituidos. Esto lo percibimos por ejemplo, en Alberico de Rosate, que hacía propias las palabras de Ricardo: *Ipse enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo* [49]. De hecho, los glosadores reaccionaron contra Abelardo, indica Giuliani, porque temían una «reforma de los métodos de la jurisprudencia por parte de una persona competente en lógica, pero no en derecho...

47. «What is a quaestio, if we take the term to denote a type of medieval legal literature?... In reality, this term was used by the glossators for so many differents types and so very untechnically that it sis hardly possible to give an adequate definition». Después de distinguir diversos tipos de *quaestiones* que se encuentran en las obras de los glosadores, apunta que «The common elemente of these two types of *quaestiones dialogicae,* as we propose to call them, is indicated by this name. They could also be called *dialecticae,* since they have, as their essential common element, the pros and cons of a problem of which there exist, or seem to exist, contradictory solutions. Such a conception and terminology is justified by the usage of medieval theologians und philosophers: a *quaestio* is to them always dialectical». Cfr. H. KANTOROWICZ, *The Quaestiones Disputatae...,* cit., págs. 1-3.

48. Sobre las *quaestiones* sin *solutio,* B. PARADISI ofrece algunos datos en *Osservazioni sul metodo dialettico nei glossatori del secolo XII,* en «Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani», cit., pág. 626.

49. La cita continúa: «...et dicebat considerare debere quod scientia nostra tradi non debet hoc modo; ...arguere enim in scientia nostra ad decapitationem alicuius de formato et forma, de substantia et accidenti et similibus modis et argumentis sillogisticis non credere bene tutum». Finalmente, negaba que éste fuera el método que habían seguido los grandes maestros de la época precedente: «nec hunc stilum secuti sunt patres et doctores nostri antiqui: Johannes, qui satis fuit subtilis, Azo, Bulgarus, Martinus, Odofredus nec alii». La cita la he tomado del estudio de Paradisi: *La «Glosa»...,* cit., págs. 626-27.

Por ello, la configuración «cualitativa» del problema jurídico nos deja únicamente sobre el terreno de las conclusiones probables» [50].

Lo más probable es que los recursos dialécticos que encontramos en sus obras fueran tomados directamente del *Corpus Iuris* en donde abundan las *definitiones* y el uso de conceptos tales como *natura, quantitas, similitudo, pars, totum, genus, species,* etc..., además de los que ya encontraban en las gramáticas de su tiempo [51].

Por esto, la similitud con las *quaestiones* teológicas, supuestamente más cargadas de recursos lógicos, era muy superficial, y los mismos filósofos de aquella época fueron conscientes de esta diferencia [52]. Ciertamente, algunos juristas, especialmente entre los postglosadores, siguieron el esquema estereotipado que describió Gribaldo Mofa en los conocidos versos: *praemitto, scindo, summo, casumque figuro / perlego, do causas, connoto et obicio.* Pero, lógicamente, ¿qué otra cosa puede hacer un jurista —no importa de qué tiempo— que tiene la misión de enseñar a unos alumnos un texto legal, sino leer el texto, exponer un caso que se acomode a él, resolver las contradicciones entre las normas que lo contemplan, extraer principios generales del texto legal y, finalmente, resolver las cuestiones concretas que se plantean a propósito de ese texto [53]?

Es difícil, de todos modos, describir de un solo trazo la jurisprudencia de los siglos XII al XIV. Aún aceptando la idea de una continuidad en lo fundamental entre los juristas de este período tan dilatado, no es sencillo describir el itinerario intelectual que, por lo general, siguieron realmente estos autores. Temo que los juicios de

50. Cfr. PARADISI, *La «Glossa»...*, cit., pág. 628. Entre los muchos estudios acerca de la metodología jurídica romana, vid. a este propósito el de O. BEHRENDS, *Die Wissenschaftlehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex*, cit., *passim.* Aunque Behrends limita su investigación a un solo autor, en él encontramos reflexiones de valor general para la mayor parte de los juristas romanos, en donde muestra la importancia que éstos dieron, de hecho, a los recursos dialécticos.

51. Indica GIULIANI que «Nons voudrions ici rappeler seulement comment les doctrines grammaticales semblent représenter un véhicule non négigeable des nouvelles tendances logiques: la grammaire doit être considerée comme un secteur de la logique médiévale». Cfr. *La Logique de la controverse...*, cit. pág. 241. Poco más adelante indica que «C'est exactement dans cette subordination de «l'interpretatio iuris» à la grammaire plutôt qu'à la rhétorique que doir être considérée la volte-face des méthodes et du concept même de la science juridique médiévale». Cfr. pág. 244.

52. KANTOROWICZ nos indica que «the legal questions have not been compared with them» (con las *quaestiones* teológicas). Cfr. *The «Quaestiones disputatae»...*, cit. pág. 46. Esto le lleva a escribir que «A were interrogation was not a *questio* in the technical sense Clarembault d'Arras, a third contemporary member of that influential school, says: «Ille quidam questiones, que de certis propositionibus constituuntur, nil nabent questiones preter formam». Cfr. op. cit., pág. 4.

53. Vid. en este sentido a NICOLINI, *I giuristi postaccursiani...*, cit., págs. 882-884.

conjunto simplificadores —a unos ya he aludido y a otros haré referencia más adelante— tienen necesariamente que naufragar ante la complejidad de la cuestión.

Hasta ahora hemos llegado a una conclusión, siguiendo la opinión más extendida entre los que han estudiado este tema, y sin poder el contacto con la experiencia personal que proviene del estudio directo de las fuentes: que deducción e inducción fueron unidas en la jurisprudencia medieval, sin que parezca posible establecer la línea de fisura entre una y otra forma de proceder de modo que las doctrinas medievales ofrecieron *opiniones probabiles* [54]. He hecho referencia también a los canales fundamentales por los que discurre el razonamiento jurídico medieval, siguiendo el esquema de *leges-rationes-auctoritates*. Bien, ¿pero en el marco de qué ideas más amplias encontraron fundamento estos recursos argumentativos a que he aludido?

4. Existe una idea en la ciencia jurídica medieval en la que descansó todo el valor argumentativo de los razonamientos jurídicos; me refiero a la *aequitas*. Efectivamente, la legitimidad de la *inventio argumentorum* descansaba en la *aequitas,* que es algo parcialmente distinto a lo que entendemos hoy por «equidad»; no se agotaba en conseguir la justicia del caso concreto superando el *rigor iuris,* tal como es entendida usualmente ahora. Estamos, por el contrario, ante un concepto fundamental que no se limitaba al momento de la exégesis, sino que es la llave de la ciencia jurídica medieval, y al que casi todos los juristas hacían referencia al comentar la definición del Derecho de Celso como *ars boni et aequi.* Sin embargo, a pesar de tales referencias, casi nada encontramos acerca del concepto estricto de la *aequitas:* los glosadores y comentadores dan por supuesto el conocimiento completo de lo que designa este término [55]. O tal vez

54. G. CHEVRIER indica que el método jurídico de la Edad Media «ne dévia pas d'une ligne qu'elle avait heritié en grande partie de l'Antiquité: l'*opinio probabilis* est toujours mêlée à la sentence apodictique et le commentaire ne se réduit pas a une froide chaîne de raisonnements à partir de prémisses tenues par incontestables. C'est la sort de l'argumentation juridique, que nous voudrions suivre, à l'époque où les constructions doctrinales ne porten pas encore l'empreinte d'une logique trop purement démostratif». Cfr. *Sur l'art de l'argumentation...,* cit., págs. 116-117. COING, por su parte, explica que «nous avons apris à voir la difference entre una pensée comme celle des glossateurs et le raisonnement déductif cartésien et aussi celui des pandectistes allemands. Le légiste médiéval prend le texte romain, qui en général est casuistique et donne une solution à des problémes particuliers, tout à fait au sérieux. Il n'y voit pas l'application d'un principe général: s'il la généralise, c'est qu'il le regarde comment argument de signification générale, apte a être utilisé dans une disputatio». Cfr. *Trois formes historique d'interpretation...,* cit., pág. 537.

55. «Der Versucht einer Bestimmung des materialen Gehaltes der *aequitas* aber hat die Glossatoren sichtlich wenig beschäftigt... Die Glossatoren verwenden die

no lo explicitaron porque ello habría supuesto hacer un estudio completo de la metodología que ellos mismos seguían, y este tipo de estudios sobre la metodología tiene un origen más moderno.

Buscando entre los textos, vemos que unas veces la *aequitas* es sinónimo de la *mitigatio* del rigor del Derecho. Caprioli nos indica que solamente en tres ocasiones ha encontrado una asimilación entre la *aequitas* y lo que ahora entendemos por equidad [56]. Normalmente, el pensamiento jurídico medieval tenía presente en este tema lo ordenado por Constantino en el año 314: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* (C. 3, 1, 8), según cuyo tenor, la *aequitas* y la *iustitia* eran algo anterior al *ius* y, más concretamente, su *fons* et *origo*. Por este hecho, toda regla jurídica digna de tal nombre tenía su *aequitas* propia y por este hecho existía tanto la equidad de la *exceptio vel excusatio* (que es como es entendida hoy fundamentalmente) como la aequitas de las normas *quae sunt ius strictum et commune;* la *aequitas* subyace, pues, a toda norma jurídica [57]. Este pensamiento lleva a algunos estudiosos a afirmar que, en el pensamiento jurídico medieval, la equidad fue identificada con la razón natural y que, conforme a este pensamiento, las normas jurídicas representaban la justicia de cada caso concreto: la *aequitas constituta* [58]. Esto puede ser considerado cierto, al menos parcialmente; pero no es lícito llevar esta idea hasta sus últimas consecuencias —según el entendimiento que hoy tenemos de la equidad, distinto, como estamos viendo, de la concepción medieval— y afirmar, en consecuencia, que el jurista medieval «consideraba el principio de la equidad como un instrumento de transformación y de intrínseca conformación del valor de las normas vigentes», como hace Piano Mortari [59]. Por el contrario, los textos nos muestran que estos

Begriffe *aequitas* und *aequus* ohne rücksicht auf irgendwelche Erklärungsversuche Sinnzusammenhägen, wie es ihre Vorbilder, die Römer und Bizantiner im *Corpus Iuris* getan hatten». Cfr. H. LANGE, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren,* en ZS, Rom. 71 (1954), págs. 321-322.

56. Cf. *Tre capitoli...,* cit., pág. 244.

57. «Mentre viene distinta un'aequitas propria dell'«exceptio vel excusatio», acquista rilievo una «aequitas» della «regula» «quae est ius strictum et commune». E non se può dimenticare che... sempre l'«aequitas» fonda la «traditio regule». Cfr. CAPRIOLI, *«Tre capitoli...»,* cit., pág. 335.

58. Vid. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI,* en «Annali di Storia del Diritto», I (1957), pág. 358. En el estudio citado de A. ROTA, *La concezione irneriana...,* encontramos una cita de IRNERIO que resume con claridad esta actitud típicamente medieval: «Idem vero sunt iustitia et aequitas. Ius vero est aequitas vel iustitia constituta». Cfr. glosa al prólogo del tít. I, 17 del Codex.

59. Cfr. *Il problema dell'interpretazione...,* cit., pág. 94. Este juicio lo matiza páginas adelante. De todos modos, este autor defiende también la tesis opuesta y

juristas presentaron unas doctrinas sobre la *aequitas* mucho más matizadas, y al abordar el tema de las relaciones entre la *aequitas* y el *ius* solían comenzar distinguiendo dos tipos de equidad: la *aequitas rudis* y la *aequitas constituta.* Esta última fue identificada con el *ius scriptum* de modo que, al menos en esta acepción, equidad y Derecho eran conceptos equivalentes [60]. La *aequitas rudis*, en cambio, consistía tanto en las consideraciones que se podían hacer en cada caso concreto para paliar el rigor de la norma general como en la libertad del jurista o del juez para crear Derecho de acuerdo con lo que *in corde suo liceat invenire,* sin atenerse a lo que *in lege reperitur* [61].

Este tipo de la *aequitas* no puede ser considerado, al menos de forma común para todos los juristas de esta época, como un instrumento con valor suficiente como para cambiar, sin más, lo estatuido en el *Corpus Iuris.* De haber sido así, hubiera podido decirse que el criterio de cada jurista fue la ley suprema de la jurisprudencia medieval, y esto no es cierto. Realmente, ésta es una cuestión compleja para el investigador de hoy, y tal complejidad es un reflejo de las disputas que existieron sobre este tema en las diversas escuelas medievales, que, a su vez, reflejan las declaraciones contradictorias de los *iurisprudentes* romanos cuando tratan de este problema [62].

deja reducida la función de la *aequitas* en estos autores a la de rellenar lagunas legales, siempre sometida a la *analogia iuris.* Cfr. op. cit., págs. 99-101.

60. La identificación entre *ius scriptum* y la *aequitas* se encuentra expresamente en el capítulo 9 de la Tópica de Cicerón.

61. Vid. GENZMER, *Kritische Studien...,* cit., pág. 314. Meyers entiende que la «*aequitas rudis* des Romanistes correspond au *ius naturale* des canonistes. Les mots, *rationem aut legem,* de la distinction XI, 4 du Décret de Gratian... ont été interprétés par beaucoup de canonistes par *ius naturale et civile*». Expone, a título de ejemplo, las identificaciones expresas entre *aequitas* y *ius naturale* que se encuentran en la *Summa Paucapalea,* en la *Summa Decretorum* de Rufino, de Esteban de Tournay, en la decretal *Cum tanto* de Gregorio IX, en el Hostiense, etc. Vid. *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs,* en «Revue d'Histoire du Droit», XVII (1941), págs. 130-131. Lo mismo indica E. CORTESE, aunque no habla de *aequitas rudis,* sino de *aequitas,* simplemente. Vid. *La norma giuridica. Spunti teoretici nel diritto comune classico.* Milano, 1962, págs. 47 y ss. También son interesantes a este respecto las ideas de A. ROTA, expuestas en *La concezione irneriana...,* cit., pág. 242.

62. A. BISCARDI nos indica que «Nelle fonti romane noi troviamo una molteplicità di accezioni del sostantivo *aequitas* e dell'aggetivo corrispondente *(aequus)* con una gamma talmente ricca di sfumature da non stupirci nel qualcuno abbia potuto considerare l'equità come una della nozioni più «evanescenti» dell'esperienza giuridica di Roma antica. Eppure tutto la più svariata accezioni oscillano fra i due poli dell'*aequitas* intensa rispettivamente quale «essenza» o quale «antitesi» del diritto positivo *(ius)*». Poco más adelante alude a «due modi di concepire l'equità nei suoi rapporti col diritto: l'*aequitas* come sostanza e giustificazione intrinseca delle norme giuridiche existenti, e l'*aequitas* come obbiettivo ideale ciu tende il diritto, determinando la creazione di norme nuove e la modificazione di quelle non più conformi al sentimento della giustizia diffuso nella coscienza sociale». Cfr. *Riflesione minime sul concetti di «aequitas»,* en «Studi in memoria di G. Donatuti».

Efectivamente, es un hecho conocido que entre los glosadores existieron dos tendencias opuestas al tratar de algunos problemas fundamentales. Exponiéndolas de forma estereotipada, conforme a su entendimiento más común, una fue la encabezada por Bulgaro, quien tuvo un sentimiento especialmente fuerte de la autoridad del gobernante. El reforzamiento de esta autoridad que se observa en su doctrina le llevó a mantener la prioridad, en todo caso, de lo establecido en el *Corpus Iuris,* de modo que «cuando surja duda entre lo dispuesto en el derecho escrito y la equidad, es decir, si se plantea si el derecho escrito es equitativo, solamente es válida la interpretación del príncipe o la de aquél a quien el príncipe hubiera concedido la potestad de interpretar y, entonces, esta interpretación es necesaria y general» [63]. Sucedía que Bulgaro y su escuela estaban tan convencidos de la íntima racionalidad del Derecho romano que mantenían que *inter hanc (aequitas rudis) e ius nulla videtur contrarietas.* En consecuencia, el juez tenía siempre que someter su criterio a la ley escrita, estándole prohibido apartarse de ella en nombre de consideraciones equitativas. Consecuentemente con esta premisa, los juristas que mantuvieran lo contrario sólo podían ser unos *stulti* [64].

Frente a la doctrina de Bulgaro se alzó la de su coetáneo Martino, de ideas políticas muy distintas a las de Bulgaro, y esta disparidad de opiniones sobre el poder del gobernante se traduce, ante el tema de la fundamentación de la validez del Derecho, en doctrinas muy distintas. Martino, en efecto, apoyado en diversos pasajes del *Corpus Iuris* [65], mantuvo que la *equitas bipartita est. Est equitas constituta, quae manens quod erat, incipit esse quod non erat, i.e. ius. Est et*

Milano, 1973, vol. I, págs. 137-139. En este estudio se encuentra recogida abundante bibliografía sobre los problemas que plantea la *aequitas* en el Derecho romano.

63. «Cum dubitatio oritur inter ius scriptum et aequitatem, id est, cum quaeritur an ius scriptum sit aequum, solius principis est interpretatio vel cui Princeps concessit et tunc erit neccesaria et generalis». Cfr. su Summa, I, 1,7 y I, 12,7. Cit., por E. Meyers en *Le conflit...,* cit., pág. 119.

64. «In hoc casu et similibus, quibus inter ius et equitatem rudem questio vertitur, sibi duntaxat interpretationem divi reservant principes: hic enim, sicuti soli legibus pressunt, si eas corrigere soli possunt, uti et facere. Quod stulti (sibi licere quodlibet putantes, equitatem quoque, quam non noscunt, se scire putantes, equitatem quoque, quam non noscunt, se scire inverecunde temereque asserentes, legibus apertis principum auctoritati suum preferentes sensum) contradicunt. Quod non est fas, cum rebus humanis ideo maxime Romanum principem Deus preposuerit, ut ipse solus rudem equitatem (id est iustitie finibus adhuc conmemorantem) hominibus revelaret». Esta cita la expone Meyers en *Le conflit...,* cit., pág. 120. El la toma, a su vez, de Kantarowicz, *Studies in the glossators of the roman law.* Cambridge, 1938, págs. 284 y ss. Para las citas anteriores, vid. *Le conflict...,* cit. de Meyers, pág. 119. Vid. también, sobre este tema, Genzmer, *Kritische Studien...,* cit., pág. 314.

65. Vid. C. 3,1,8, ya citado: «Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae...». D. 50,17,90: «...in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est».

rudis, et in hanc iudicum officium deprehenditur[66]. «Nosotros mantenemos —escribía un discípulo de Martino— que se ha preferir la *equitas rudis* al *ius*»[67].

Esta preferencia de la *aequitas* sobre la ley tenía dos consecuencias; en primer lugar, el juez, basado en la equidad, podía completar la ley y conceder acción en casos no previstos por la ley. En segundo lugar, apelando a la equidad, podía negarse a aplicar la ley en algún caso concreto[68].

De todos modos, las divergencias entre ambas escuelas son menores de lo que parecen, ya que en ambas se parte del presupuesto de que el Derecho tiene su más interna esencia en la razón. Para Bulgaro se trata de la *ratio constituta,* es decir, de la razón que se muestra en el *Corpus Iuris.* Según Martino, en cambio, es preciso apelar algunas veces a una *ratio non scripta* que era llamada *rudis ratio* o *rudis aequitas*[69].

Este esquema de las principales posiciones medievales acerca del valor y alcance de la *aequitas*[70] deja sin resolver el fondo de la cuestión porque, aunque está bien adoptado a las declaraciones programáticas de los autores de esta época, no concuerda con la estructura que realmente siguieron en sus razonamientos. Así, por ejemplo, vemos que Martino fue muy poco consecuente con su doctrina sobre la equidad, porque cuando establecía alguna opinión que se apartaba de lo indicado en el pasaje del *Corpus Iuris* que comentaba, no hacía *expressis verbis* ninguna referencia a la *aequitas* en tanto que dero-

66. Cfr. glosa a C. 2,1,1, en las palabras «iudicis officium». Cit. por MEYERS en *Le conflit...,* cit. pág. 124.
67. Vid. VACARIUS, cit. por MEYERS en *Le conflict...,* cit. pág. 124.
68. Cfr. MEYERS, *Le conflict...,* cit., pág. 126. Vid. también KANTOROWICZ, *Studies in the glossators...,* cit. págs. 113-114. ZANETTI matiza esta declaración cuando escribe que «la prudente sospensione dell'efficacia d'una norma in determinate circostanze non modifica affaro l'ordinamento giuridico: «Ipsi... canones in proprie virtutis vigore atque integritate nihilominus perseverant, quod non eorum sensus vel intellectus corrumpitur vel mutatur, sed perpensa ratione pro qualitate temporis, loci vel persone, negocii, iudicantium sententia lenius informata procedit». Cfr. *Carattere canonico dell'aequitas nella letteratura civilistica preirneriana,* en «Rivista di Storia del diritto italiano», XXVI-XXVII (1953-54), pág. 234.
69. Vid. MEYERS, *Le conflit...,* cit., págs. 127-29. ROTA escribe a propósito de este tema que «presso i glossatori sono due forme di teorizzazione dell'*aequitas,* una generale e potremmo dire non vincolata di per sè, come concezione filosofica giuridica al di sopra delle fonti. L'altra specificata, accidentale, contingente, che nasce dall'apprezzamento della produzione legislativa imperiale del Codice giustinianeo». Cfr. *La concezione irneriana...,* cit., pág. 245. También se encuentran ideas de interés para este tema en otro estudio de A. ROTA, *Il Tractatus de equitate come pars tertia delle Questiones de iure subtilitatibus e il sou valore storico e politico,* en «Archivo giuridico», CXLVI (1954), págs. 75-119.
70. Vid. bibliografía sobre este tema en E. CORTESE, *La norma...,* cit., Milano, 1964, vol. II, pág. 321.

gadora del *ius scriptum* [71], y, normalmente, este jurista buscaba en el Derecho romano apoyatura legal para sus opiniones, del mismo modo que hacían los otros glosadores [72]. Por este hecho, Azon escribía que *Martinus inhaerebat literae tamquam Judaeus* [73]. Pero, por encima de declaraciones personales, que se emitían con frecuencia sin otro fin que insultar al adversario, como es frecuente entre los juristas de esta época, lo cierto es que Martino y su escuela siguieron, al menos en el sector del Derecho privado, una actitud similar a la de Bulgaro. Lange ha estudiado este problema extensamente y sólo encuentra cuatro grupos de instituciones jurídicas que fueron fundamentadas en la equidad [74]. Por lo general, indica este autor, hubo unanimidad en mantener que era indispensable mantener el *rigor iuris* en una cierta medida [75].

Estas precisiones nos sitúan en condiciones de abordar con más rigor el tema de la *aequitas* en la Jurisprudencia medieval; en efecto, dado que la simple adopción del esquema tradicional de la contraposición entre Bulgaro y Martino no resuelve el problema de la explicación del valor que concedieron tanto uno como otro, aunque cada cual de forma distinta, a la *aequitas,* sigue en pie el interrogante fundamental: ¿qué representó la *aequitas* para el jurista medieval?

Indicaba líneas arriba que los juristas no han dejado escrito casi nada, expresamente, sobre este tema, Caprioli repara en la equiparación que se encuentra en algunos juristas entre *aequalitas* y *aequitas,* que ya había encontrado una cierta aplicación en Cicerón [76]. Según esta línea de pensamiento, que se apoya en un manuscrito anónimo en el que está escrito que *aequitas est secundum tulium rerum con-*

71. LANGE nos indica sobre MARTINO que «Trotz alledem ist es nicht erwiesen, ja nicht einmal warscheinlich, dass Martinus für jeden Interpreten das weitgehende Recht beansprucht haben soll, sich über das *ius* hinwegzusetzen, wenn das blosse Rechtsgefühl es gebietet, das im *ius strictum* keine Stütze findet. Dagegen spricht einmal das *argumentum ex silentio.* Keine der zahreiche Glossen des Martinus, in denen von der *aequitas* die Rede ist, sagt direkt oder indirekt, dass ungeschriebenen *aequitas* dem geschriebenen *ius* vorzuziehen sei». Cfr. *Ius aequum...*, ct. pág. 329.

72. MARTINO, en opinión de LANGE, «...sucht und findet stets eine Legitimation seiner Ansichten aus dem *Corpus Iuris* wie jeder andere Glossator auch». Cfr. *Ius aequum...*, cit. pág. 330.

73. Cfr. glosa a la ley 8, C, de fruct. (VII, 51). La cita la he tomado de SAVIGNY, en *Geschichte...*, cit. cap. XXVIII.

74. Son, concretamente, la «Konkurrenzlehre», la *actio utilis ex aequitate,* la *exceptio de aequitate* y la derogación de algunas *actiones stricti iuris* mediante el recurso a la *bona fides.* Cfr. *Ius aequum...*, cit., págs. 337-343.

75. Cfr. LANGE, *Ius aequum...*, cit., pág. 344.

76. Varios glosadores, entre ellos PLACENTINO, AZON y el autor de las *Questiones de iuris subtilitatibus,* hacen suya la regla según la cual «dicitur equitas quasi equalitas». Vid. pág. 254 de *Tre capitoli...*, cit., sobre Cicerón, que mantuvo que «paribus causis paria iura», vid, op. cit., pág. 230.

venientia que in paribus casis similia iura desiderat[77], Caprioli intenta demostrar la existencia de una relación esencial entre la equidad y la analogía, ya que el proceder analógico era el recurso dialéctico que mejor se acomodaba a la relativa igualdad que fue atribuida a la equidad[78]. De esta forma, deduce Caprioli que el recurso a la analogía cumplió una función muy importante en el establecimiento de las reglas jurídicas que llamaron *brocarda* y que, por ello, realmente la analogía sirvió para crear una acción o una excepción no previstas en el Derecho escrito, ya que tales acciones y excepciones fueron atribuidas a la equidad, porque ésta exige un tratamiento de *similibus ad similia*[79].

Es interesante esta explicación de Caprioli, que explica muy verosímilmente la *ratio* última de la *extensio analogica.* Pero esta explicación no agota el problema que nos ocupa, ya que se refiere solamente a las reglas obtenidas o a los casos resueltos mediante la analogía, pero no explica la razón por la que la equidad fue considerada la fundamentación última de toda opinión jurisprudencial, basada o no en la analogía. Sobre este problema encontramos sorprendentemente una cierta concordancia entre juristas muy diversos. En primer lugar, este consenso se manifiesta en conceder prioridad lógica a la *iustitia seu equitas* sobre el *ius,* de modo que el *ius* recibe este nombre de la *iustitia,* porque de ella se deriva como de su madre[80]. En segundo lugar, la equidad fue entendida como una realidad ya cons-

77. Vid. CAPRIOLI, *Tre capitoli...,* cit. pág. 247.

78. La razón de esta conexión entre equidad y analogía, explica este autor, se encuentra en la idea acerca de la «convenientia rerum» que existe en algunas definiciones de lo que es la equidad. Vid. *Tre capitoli...,* cit. págs. 324 y 243.

79. «Il procedimento formativo della 'regula' è quello che, della disciplina vigente in un'ipotesi, conduce all'affermazioni di identica disciplina in ipotesi simile; e ipotesi simile è quella in cui «eadem ratio invenitur». Azone, in forma non meno generale, glossando la parola *cause* en D. 50,17,1, aveva scritto: «cause i(dest) rationis, quia idem (ius) statuitur in similibus»... Gia dai più antichi glossatori è sentita, dunque, l'identità del fondamento della «regule traditio» col fondamento del procedere analogico». Cfr. Caprioli, *Tre capitoli...,* cit. 320-322. Más adelante explica la razón de por qué *ubi eadem ratio* han de existir *eadem iura:* «E facile scorgere qui invece la coscienza della validitá generale di quel principio o dello suo stesso fondamento. E, certo, deve credersi che il «generalis fons» è l'equitas... perchè si possa «pluribus aliis attribuere» «causam i(dest) rationem redditam in uno». Cfr. *ibidem.*

80. ODOFREDO dejó bastantes líneas escritas sobre este tema. En el comentario núm. 7 al tít. De iust. et iur., pág. 6 de la edición de Lyon de 1550, escribe: «Potius deberet ius a iustitia derivari unde verius est ut vos dicatis quod ius appellatur a iustitia ut a materia vel a matre... quod ius a iustitia sit appellatum derivative». Un poco más adelante, en el comentario núm. 7, se opone a los filósofos, que anteponen el *ius* a la *iustitia,* de forma que alguno de ellos «primo tractat de iure postea de iustitia»; él mantiene que «dignior est iustitia, quae magis antiquum quod ius... dicunt iustitia seu equitatem preferendam rigore iure». No parece

tituida cuando el jurista busca la solución a un caso: es un ordenamiento que existe antes que el *ius* (en algunos juristas, también antes que la *iustitia*) y que, por este hecho, debe ser considerada como fuente y origen de todo derecho y justicia [81]. Se trata de una *substantia,* porque, aunque debería haber sido considerada como una relación entre las cosas, esta realidad de relación se hipostasió de tal modo que apareció, en lugar de la frágil *relatio* (un modo ínfimo de ser según la filosofía dominante entonces) una *substantia perfecta.* Las *Questiones de iuris subtilitatibus* muestran este hecho con una sencillez pasmosa; comienzan, como otros tantos escritos de la Edad Media, con una alegoría, y enseñan cómo el que ha de aprender el arte de lo bueno y equitativo debe entrar, temblando por la emoción, en un templo donde están escritos con letras de oro los *libri legales.* En ese templo mora la *Iustitia,* como una madre que está rodeada de seis hijas: la *religio,* la *pietas,* la *gratia,* la *vindicatio,* la *observantia* y la *veritas.* Un anciano enseña el modo de interpretar correctamente el texto de los libros contenidos en el templo... Una realidad como la *Iustitia* a la que aquí alude el autor anónimo de las *Questiones,* ante la que se inclinan incluso la religión y la verdad, sólo puede ser una cosa: el mismo Dios, que es la conclusión a la que llega el también anónimo autor de otro de los textos fundamentales por el que conocemos la ciencia del Derecho en la Edad Media, el *Fragmentum pragensis,* en donde se afirma que *nihil est etiam equitas quam Deus* [82].

El hombre accede al conocimiento de esta verdad objetiva gracias a la mediación de la virtud de la justicia, ya que mientras que la equidad es una cualidad de las cosas, la *iustitia* es una cualidad del hombre que le permite el acceso a lo equitativo. Por ello, Irnerio y Pla-

ser consciente Odofredo de que en ambas citas está mezclando indebidamente temas distintos.

En las *Questiones de iure subtilitatibus* leemos: «Ius suum cuique tribuere pars est in diffinitione iustitie. Pars autem eiusmodi prior est toto. Eadem ratione et ius prius est iustitia. Sed cum dicitur ius artem boni et equi esse, et accipitur bonum et equum pro iustitia, videtur ipsa quasi materia prior iure». Edición de Zanetti, tit. De iustitia et iure, glosa 1. Un poco más adelante, el autor de las *Questiones* vuelve a tocar el tema: «Id quod modo ius appellamus, priusquam constitueretur, equum fuit, et hoc quod dico in iure gentium vel civili clarum est». Cfr. loc. cit. núm. 2.

81. Escribe LANGE que en el *Fragmentum pragensis* «Aequitas erscheint danach der Gerechtigkeit und dem Recht vorgeordnet sie ist *fons et origo iustitiae...* Die *aequitas* ist danach eine objetive, vom Menschen unabhängig Ordnung, die eher da war als *iustitia* und *ius*». Se refiere, en estas citas, tanto al *Fragmentum...* como a las *Questiones...* Cfr. *Ius aequum...*, cit., págs. 320-321.

82. Cfr. *Fragmentum...*, cit. Ed. de Fitting, en «Juristische Schriften des Mittelalters», 1876, pág. 216. La cita completa, además de en esta fuente, se puede encontrar en LANGE, *Ius aequum...*, cit. pág. 321, y en CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit. pág. 249.

centino afirmaron que la equidad *vertitur in rebus, id est, in dictis et factis hominum. Iustitia autem quiescit in mentibus iustorum* [83]. La *iustitia,* en efecto, explicaba Irnerio a finales del siglo XI, es la misma equidad cuando desciende a la voluntad del hombre, conformada ya de cierta manera [84].

5. Las diversas actitudes acerca del alcance y función de la *aequitas,* a las que ya he hecho referencia, configuraron unas mentalidades que condicionaron el discurrir histórico de la Jurisprudencia en tiempos posteriores. Así, la consideración del Derecho escrito —el Derecho romano, en el caso del *ius commune*— como compuesto de racionalidad y, por ello, de equidad, llevó a considerar el *Corpus Iuris* como un monumento insuperable, como un ordenamiento ético de tal categoría que cumplía ampliamente la función de lo que hoy entendemos por «Derecho natural»; quizá por este hecho es por lo que la especulación expresa en la Edad Media sobre el *ius naturale* es tan escasa: a diferencia de lo que sucedió en la Edad Moderna, el jurista medieval no sintió la necesidad de crear un Derecho ideal opuesto al *ius scriptum* en vigor. El Derecho ideal ya estaba escrito, y en vigor, y se trataba, como es obvio, del Derecho romano.

Otros juristas, en cambio, siguieron una argumentación jurídica más libre, menos apegada a la supuesta racionalidad ínsita en el Derecho romano, y superaron las limitaciones que imponía el *ius scriptum* porque consideraron que la esencia de la juridicidad reside en un orden ético objetivo que toca descubrir a los que se ocupan con la Jurisprudencia. Pero esta pretendida libertad de pensamiento, como indicaba poco antes, no llegó a tener una función real en la Jurisprudencia medieval: no traspasó apenas las declaraciones generales que hicieron al comentar los primeros capítulos del *Digesto* y de la *Instituta.* De hecho, los discípulos de Martino, y Martino mismo, tomaron sus soluciones fundamentalmente del *Corpus Iuris.*

Pero, a pesar de estas inconsecuencias, tenemos, de esta forma, prefiguradas en la Edad Media las principales tendencias metódicas iusnaturalistas que se desarrollan en la Edad Moderna. Por una parte, el Derecho romano, factor de continuidad, de seguridad, y de orden

83. Cfr. *Summa Institutionum,* I, 1, de iust. et eur. de Placentino en donde dice seguir a Irnerio. Cit. por E. CORTESE en *«Iustitia» e principio soggettivo nel pensiero giuridico medievale,* en «Annali di Storia del Diritto», III-IV (1959-60), pág. 122.

84. «...differt autem equitas a iustitia; equitas enim in ipsis rebus percipitur que, cum descendit ex voluntate, forma accepta, sit iustitia». Cfr. glosa «iustitia» a D. 1,1,1, pr. Cit. por CORTESE en *«Iustitia» e principio soggettivo...,* cit., pág. 122.

por su íntima racionalidad, fue acogido con entera naturalidad como un tópico muy importante en la argumentación iusnaturalista moderna [85]. La convicción, en cambio, de que existe un Derecho no escrito, un orden jurídico objetivo por encima del *ius scriptum,* hizo posible la legitimidad de la ocupación con el Derecho natural como ordenamiento jurídico ideal, aunque las normas extraídas de él fueron opuestas a las del Derecho socialmente vigente. Esta visión «equitativa» del Derecho que encontramos nítidamente reflejada en las doctrinas de algunos glosadores, fue seguida, cada vez con mayor vigor, por la jurisprudencia posterior. Pedro de Bellapertica, a finales del siglo XIII, Bartolo y Baldo, a lo largo del siglo XIV, mantuvieron en lo esencial esta visión de los fundamentos últimos de la *iurisprudentia* [86]. Por esto, no tiene nada de extraño que Andrés de Exea, en el primer tercio del siglo XVI, escribiera que *iudicat ut Deus qui secundum conscientiam iudicat* [87], y que Juan Bautista Vico, desde una perspectiva histórica muy amplia, calificara a estos juristas como «filósofos de la equidad natural» [88].

III. El derecho natural de los juristas medievales

El canonista Rufino, casi en los inicios de la escuela de Bolonia, reconocía que la doctrina iusnaturalista elaborada por los legistas, es decir, por los juristas que se ocupaban del Derecho romano, era muy distinta de la que había quedado establecida en el *Corpus Iuris Cano-*

85. Sobre la función del Derecho romano como un «tópico» importante de las argumentaciones iusnaturalistas modernas, vid. CARPINTERO, *«Mos italicus»...,* cit., págs. 164 y ss. La aproximación entre el *Corpus Iuris* y el Derecho natural fue facilitada ampliamente por las obras de los juristas «humanistas» o «cultos» del siglo XVI quienes, implícitamente —como es el caso de la mayoría de ellos— o expresamente, equipararon el Derecho con la equidad, y ésta con el Derecho romano que aparecía, de esta forma, como la *aequitas scripta* o el *ius naturale scriptum.* Vid. sobre este punto a A. GUZMÁN, *Derecho romano y equidad en F. de Duaren,* en «Anuario de Historia del Derecho español», 1978, págs. 615-619. Acerca de las relaciones entre Derecho romano y Derecho natural en época más tardía, vid., entre otros: F. Sturm, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz,* Tübingen, 1967.

86. Vid. los dos primeros parágrafos del estudio de PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio...,* cit., pág. 29-41.

87. Cfr. *Liber pactorum unus.* Lyon, 1542, págs. 158 y 360.

88. Cfr. *De nostri tempore studii rationione,* cit. por B. BRUGI en *Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza,* en «Per la Storia...», cit. pág. 134. HUGO GROCIO, refiriéndose a Irnerio, Acursio, Bartolo y otros juristas, escribía que «eran hombres muy diligentes para indagar la condición de lo que es justo y razonable». Cfr. *De iure belli ac pacis libri tres.* Lausana, 1761, *Prolegomena,* nn. 53 y 54. La traducción al castellano es mía.

nici[89], y en el siglo XV, Antonio de Rosellis distinguía el derecho natural propio de los canonistas del iusnaturalismo de Azon, que le parecía más filosófico y algo confuso[90].

Efectivamente, la masa ingente doctrinal sobre el derecho natural que, desde la Patrística, llegó al siglo XIII[91], se canalizó en dos direcciones distintas: la de los canonistas o decretistas por una parte, en la que este Derecho fue identificado con aquello *quod in lege et in Evangelio continetur*[92], y la de los legistas por otra, que consistía fundamentalmente en comentarios hechos sobre el Derecho romano.

Los teólogos acogieron una y otra dirección iusnaturalistas, aunque concedieron cierta preferencia al Derecho natural de corte ético, es decir, compuesto por supuestas reglas eternas de justicia, tal como se manifestó preferentemente en las doctrinas iusnaturalistas de los canonistas.

Pero, tal como expuse el comienzo de este estudio, pretendo estudiar esa otra corriente doctrinal, escasamente representada en los tratados de los teólogos de aquella época, en la que podemos apreciar el origen doctrinal de las diversas corrientes iusnaturalistas de la Edad Moderna. Me refiero, en concreto, a las doctrinas elaboradas por los juristas que se ocuparon con el Derecho romano, que formaron un conjunto doctrinal conocido comúnmente como el *Ius commune romanorum*.

Es un hecho conocido que el primer jurista importante que prestigió a la Universidad de Bolonia, lugar done más se desarrolló esta jurisprudencia romanista, fue Irnerio, que trabajó en el último tercio del siglo XI. Con este autor se inició una corriente metódica que ha sido llamada «Jurisprudencia de los glosadores», ya que Irnerio y otros juristas se dedicaron fundamentalmente a glosar los textos romanos. Tras Irnerio es un tópico citar a sus cuatro sucesores: Bulgaro,

89. RUFINO escribía: «Hoc autem legistica traditio generalissime definit dicens ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nos vero, istam generalitatem, quae omnia concludit animalia, non curantes, de eo, iuxta quod humano generi solummodo ascribitur, breviter videamus». Cfr. *Summa Magistri Rufini,* ed. de Schulte, 1892, pág. 4. Cit. por FASSÓ en *I glossatori...,* cit. pág. 701.

90. Cfr. BONUCCI: *La derogabilitá del diritto naturale nella Scolastica.* Perusia, 1906, pág. 225.

91. Sobre este conjunto abigarrado de doctrinas iusnaturalistas, vid. GRABMANN, *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin. Nach den gedruckten und ungedruckten Quellen dargestellt,* en «Archiv von Rechts — und Wirtschaftphilosophie», XVI (1922-23) *passim.* BONUCCI, *La derogabilità...,* cit. LOTTIN, *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédèceseurs.* Bruges, 1931. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus.* München, 1967.

92. Sobre las doctrinas iusnaturalistas de los canonistas, vid. entre otros, a COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano,* en «Studia Gratiana», II, págs. 157 y ss. M. VILLEY, *Le droit naturel chez Gratian,* en «Studia Gratiana» III, págs. 88 y ss.

Martino, Jacobo y Hugo, que enseñaron en la segunda mitad del siglo XII. Unos años más tarde aparece la prestigiosa enseñanza de Placentino y, a finales del siglo XII, la *Summa* de Azon se convierte en el libro de esta escuela más difundido hasta entonces [93].

No me parece necesario detenerme en el examen pormenorizado de las doctrinas iusnaturalistas de estos juristas, porque esta labor ya ha sido hecha minuciosamente por R. Weigand [94]. Además, por razones de economía intelectual, prefiero centrar mi estudio en la obra de Acursio, que compendia en su inmensa *Glossa ordinaria* el trabajo de los juristas que le precedieron [95]. Fue su *Glossa,* por otra parte, el texto que hizo posible el conocimiento del trabajo de los glosadores en tiempos más tardíos, gracias a la enorme difusión que recibió. Fue, por tanto, esta obra de Acursio la que influyó decisivamente en la configuración de la Jurisprudencia iusnaturalista moderna [96].

Al estudiar los conceptos del Derecho natural utilizados por los legistas medievales, quizá lo que más llama la atención a primera vista, es el uso indistinto que dieron estos juristas a las expresiones *ius naturale* y *ius gentium*. Uno de los autores que procede de esta forma es Acursio, quien indicaba: «Se dice que el Derecho natural comprente cuatro realidades: primero, la ley mosaica; segundo, las obligaciones que provienen del instinto natural; en tercer lugar, el derecho de gentes...» [97]. En otras ocasiones, Acursio alude al *ius gentium naturale* [98], lo que parece dar a entender que bajo ambas denominaciones existen unas realidades que si no son idénticas, sí son, al menos, parcialmente equivalentes.

Este hecho no supone ninguna novedad para un estudioso actual

93. Para estos datos históricos, vid., entre otros, a Piano Mortari, *I commentatori e la scienza giuridica medievale,* cit. págs. 81-117, H. J. Berman, *The origins of Western Legal Science,* en Harward Law Review, 90 (1977), págs. 895-943.

94. Vid. *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus.* Münchener Teologischen Studien. Kanonistische Abteilung. Max Hueber Verlag. München, 1967, págs. 1-121.

95. Así lo indica Astuti, quien reconoce que «Accursio non compì sicuramente *ex novo* il lavoro di coordinamento delle glosse ai diversi testi, nell'interno di ogni apparato, e tra l'uno ed altro apparato: egli utilizzó un materiale già largamente elaborato». Por este hecho, sigue indicando este autor, en las *Summae* de los distintos autores se encuentra «come un materiale omogeneo e sostanzialmente uniforme e, a prescindire dal diverso metodo di esposizione, vi ritroviamo una sorprendente identità di contenuto». Cfr. *La glossa accursiana...,* cit. págs. 340-341.

96. Según Savigny, la *Glosa* de Acursio hizo olvidar las obras jurídicas anteriores a ella. Cfr. *Geschichte...,* cit. capítulo XLI.

97. «Ius naturale quattuor modis dici. Primo lex mosaica. Secundo, obligationi qui ex instinctu naturali. Tertio ius gentium...». Cfr. *Accursii glossa in Digestum vetus, infortiatum et novum.* Reproducción «Ex officina Erasmiana», de la edición de Venecia de 1487. Torino, 1968, glossa «a» a D. 1,1,1.

98. Vid. glosa «k» a D. 1,1,9.

de la historia del Derecho natural: sabemos que durante la Edad Moderna muchos autores utilizaron ampliamente la expresión *ius naturale et gentium*. La razón de esta equivalencia en algunas doctrinas de los siglos XVII y XVIII reside en el hecho de que fueron equiparados ambos órdenes normativos (es decir, el Derecho natural y el derecho de gentes), o bien, en que se estableció una relación de la parte al todo y, de esta forma, el derecho de gentes fue considerado como aquella parte del Derecho natural que regulaba las relaciones entre las «gentes», es decir, entre los Estados. Por este camino, el Derecho de gentes fue asimilado a lo que hoy llamamos «Derecho Internacional Público», mientras que el Derecho natural quedó constituido por el conjunto de reglas que regulaba las relaciones de fundamental importancia ética entre los ciudadanos sometidos a un mismo poder político y aquellas otras que mantenían entre sí, a nivel privado, los pertenecientes a comunidades políticas diferentes. En este último supuesto se corresponde parcialmente con lo que ahora llamamos «Derecho Internacional Privado» [99].

Pero en la Edad Media, estas expresiones no fueron consideradas equivalentes, ni se estableció entre ellas una relación del todo a la parte, como hemos visto que sucedió en la Edad Moderna [100]. Por el contrario, siguiendo el sentido más obvio de los textos romanos, Acursio consideraba que el Derecho de gentes había sido un orden normativo que acabó con la igual libertad de todos los hombres, que era la forma de convivencia más adecuada a lo que él entendía por «Derecho natural».

Efectivamente, al comentar la ley *libertas* (D. 1, 5, 4), en donde Florentino mantiene que la libertad es una facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, fundamentada en la naturaleza, mientras que la servidumbre ha sido constituida por el Derecho de gentes, sometiendo un hombre a otro contra los dictados de la naturaleza [101], Acursio indica que «en este lugar se define la libertad atendiendo al Derecho en que se fundamenta, que es el Derecho natu-

99. Vid. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, 1977, págs. 253 y ss. Aunque el estudio está centrado en la exposición de la doctrina de Vázquez de Menchaca, en este lugar se encuentran referencias históricas sobre este tema.

100. Por esta razón, no me parece correcto designar al *ius gentium* con el nombre de «Völkerrecht» como hace reiteradamente Weigand en *Die Rechtslehre...*, cit., *per totum*.

101. FLORENTINO escribía: «Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio iure gentium, qua quis dominio alieno contra natura subiicitur». Cfr. D. 1,5,4. Ed. Mommsen-Krüger, Berlín, 1954.

ral»[102]. Este jurista afirma que sigue la doctrina establecida por Irnerio [103] y que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que el Derecho natural excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro, muy especialmente la esclavitud, pues «bajo el Derecho natural todos los hombres nacen libres»[104].

Esta declaración puede extrañar a algún lector de hoy, que quizá tenga el prejuicio de entender que los autores medievales siguieron la doctrina aristotélica según la cual unos hombres nacen destinados «naturalmente» a ser esclavos de otros. Nada más ajeno al pensamiento de Acursio; él afirma reiteradamente que, atendiendo al Derecho natural, todos los hombres son igualmente libres, con independencia del *status civilis* que posean, es decir, independientemente de si son libres o esclavos. Por ello, se opone resueltamente a los juristas que estimaban que la libertad estatuida por el Derecho natural sólo afecta a los hombres que son libres o libertos, mientras que los esclavos quedan al margen de ella. «Algunos dicen —escribe Acursio— que la libertad que aquí es definida se refiere a la libertad que es propia del hombre libre, no a la libertad del esclavo... de forma que la libertad del hombre libre es cosa distinta de la libertad del siervo»[105]. Esto le parece falso, porque, sigue escribiendo, «aquí se define la libertad según el Derecho en que se fundamenta, que es el Derecho natural, por lo que también queda comprendida la libertad del esclavo».

La razón que le mueve a pensar así es el hecho de que sólo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que este concepto no puede desdoblarse en dos distintos, uno de ellos

102. «...diffinit hic libertas secundum ius quo est inventa ius naturale secundum». Cfr. glosa «b» a D. 1,5,4. Para entender adecuadamente a Acursio y los demás juristas que estudiaré a continuación en lo referente a las relaciones entre el Derecho natural y la libertad, conviene tener en cuenta lo contenido en el texto de ULPIANO, situado también en el primer capítulo del Digesto: «Manumissiones quoque iuris gentium sunt ... quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis, et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi quae desierant esse servi». Cfr. D. ed. cit. 1,1,4.

103. «Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo iure, quo inventa est iuri naturali». Cfr. glosa «c» a Inst. 1,1,3.

104. «Utpote cum iure naturali omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio». Cfr. glosa «q» a D. 1,1,4. Como puede verse, repite en la glosa «q» a D. 1,1,4 las mismas palabras de Ulpiano ya expuestas en la anterior nota 86.

105. «Alii dicunt definiri libertatem liberi, non libertatem servi, quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundum scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero». Cfr. glosa «c» a Inst. 1,1,3.

para el hombre libre, y el otro para el esclavo [106]. Concluye consecuentemente que, de acuerdo con el Derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre [107].

Esta argumentación es una síntesis, con la brevedad propia de una glosa jurídica, de ideas filosóficas sobre el valor de la persona que se muestran con gran claridad ya en Irnerio. Este jurista, al comentar el término *persona* en la *Instituta* de Gayo (1, 2, 12) escribía: *Nam homo es dignissima creaturarum* y recurre, para mostrar la evidencia de esta afirmación a Boecio y a diversos versos de Ovidio y Virgilio [108]. Sus discípulos siguieron este camino, e incluso Búlgaro escribía *quod servus naturaliter est liber et dum manumittitur non datur ei libertas, sed detegitur* [109].

Hay que suponer que existió un proceso de involución en la consideración del valor de la persona humana, y a ello se refiere Acursio cuando alude a los que mantienen la teoría según la cual la libertad del siervo es cosa distinta de la libertad del hombre libre, lo que supone un retroceso notable en la afirmación de la exigencia de la igual libertad de todos los hombres. Pero tal proceso aparece superado en la glosa acursiana. Lo que quisiera destacar es el hecho de que tanto Irnerio como Búlgaro y Acursio superaron la observación y descripción de la realidad social de su tiempo y se situaron en un plano ético que reclamaba la libertad e igualdad utópicas de todos los hombres [110].

En estas ideas de Acursio se contempla una realidad que se irá desarrollando progresivamente hasta alcanzar su plenitud en el si-

106. «Libertas. Diffinit hic libertas secundum ius quod est inventa, ius naturale secundum unde etiam libertas servi diffinitur... alli dicun tibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id est possibilitas a iure naturali potest facere quicquid vult». Cfr. glosa «b» a D. 1,5,4.

107. «...nam ipse (servus) semper liber est inspecto iure naturali». Cfr. glosa «o» a D. 1,1,4. En la glosa «c» a Inst. 1,3,1, escribe: «Libertas. Hace definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut deffiniatur libertas eso iure, quo inventa est iure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi». Al opinar así proseguía la idea contenida en la sentencia de Ulpiano que se encuentra en D. 50,17,32: «Quod attinet ad ius civile servi pro nullius habentur, non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt».

108. Cfr. G. MOSCHETTI, *Eticità nella glossa di Accursio sotto l'aspetto della libertà dell'uomo,* en «Studia et documenta historiae et iuris». XXXV (1969), pág. 41.

109. Vid. MOSCHETTI, *op. cit.,* pág. 45.

110. MOSCHETTI, en *Eticità...,* cit. proporciona una explicación bastante clara de las razones que llevaban a este cambio de consideración, desde el plano de los textos romanos y de la realidad social de la época, a esta visión en abierto contraste con tal realidad. Vid. págs. 40-44. FÉLIX SENN hizo un corto pero penetrante estudio de lo que podía entender por *libertas* un jurista que tuviera a la vista los textos del *Corpus Iuris* y los testimonios literarios más conocidos. Vid. *Les obligations naturelles, la leçon de la Rome antique,* en «Revue Historique du Droit Français et étranger». XXXV (1958), págs. 154-155.

glo XVIII. Me refiero al hecho de la existencia simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos, uno el Derecho natural, que estatuye la libertad igual para todos los hombres, y el otro un Derecho de origen humano que legitima la existencia de situaciones de sometimiento de un hombre a otro opuestas al Derecho natural [111]. Este segundo Derecho que deroga la libertad propia del Derecho es el que nos interesa ahora estudiar.

El primer interrogante que plantea es el de si se trata de un Derecho de una categoría jurídica o moral superior al Derecho natural. Pudiera pensarse que tiene que ser así, porque éste parece ser el único argumento por el que se podría justificar la derogación que ha sufrido el *ius naturale.* Sin embargo, tanto Acursio como los juristas romanos a que él se remite, hacen referencia a un tipo de Derecho que éticamente es inferior al Derecho natural, según lo que ellos mismos declaran. En efecto, tal Derecho derogador del Derecho natural es el *ius gentium,* que ha supervenido a la Humanidad en una supuesta y determinada etapa histórica concreta [112], aquella

111. Indicaba ACURSIO que el Derecho vigente «partim est de iure naturali, ut libertas: et partim de iure gentium, ut servitus». Cfr. glosa «p» a Inst. I, 3, proemio.

112. El tema de la derogabilidad del Derecho natural por otro Derecho sobrevenido posteriormente en la historia tenía, ya en tiempos de Acursio, una larga tradición doctrinal. Irnerio, en efecto, había mantenido que el *ius civile* deroga al *ius gentium* que, a su vez, ya había derogado al Derecho natural al introducir, entre otras cosas, la esclavitud, que era un instituto jurídico opuesto —según declaran varios pasajes del *Corpus Iuris*— a este último Derecho. Vid. ROTA, *Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica,* en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 25 (1948), pág. 157. PLACENTINO admitió también, sin paliativos, la derogación que el *ius gentium* había obrado sobre el *ius naturale;* por ello, escribía en la *Summa Institutionum,* I, 2, post proemio, «Iura quoque gentium sunt secundum virtutes, quae sunt iuri naturali contrariae et adeo contraria sunt, meo iudicio, libertatem perimat, nam et imperator ait homines ab initio liberi nascebantur, ac si aperte diceret hodie non nascuntur». A pesar de esto, «etiamsi quidam asserant libertatem in servis fore naturaliter iure... Nam et servius, quae est ius gentium, libertatem meo iudicio non solum obumbrat, sed tollit». Citado por E. Cortese en *La norma...,* cit., vol. I, pág. 81.

Se trata, pues, de tres Derechos —el *ius naturale,* el *ius gentium* y el *ius civile*— que fueron situados por estos juristas en tres supuestas etapas históricas de la humanidad. La más antigua, llamada comúnmente *status naturae* (vid. CARPINTERO, *La génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVI,* en «Anuario de Filosofía del Derecho». XVIII (1975), págs. 294 y ss.), desapareció cuando entró en vigor el *ius gentium,* que sustituyó al Derecho natural. A este propósito, escribe ROTA sobre IRNERIO, que «la glossa che lo ius gentium conferma quello che era stato disposto dall'inizio ad opera del diritto naturale. No vi è dubbio che i due diritti qui posti in successione l'uno dell'altro... Evidentemente nell'epoca della prima applicazione del diritto naturale lo ius gentium non aveva potuto avere nessuna efficacia o meglio esso non esisteva ancora come diritto... resulta evidente che lo ius gentium come prodotto ulteriore delle gentes, cioè dei popoli uscenti della società naturale, è un diritto sopraggiunto, per ciò stesso posteriore al diritto

en la que desaparece la igualdad natural de todos los hombres. Este Derecho, en lugar de la igualdad estatuída por el Derecho natural, ha establecido la esclavitud y la propiedad sobre las cosas. La *omnium una libertas y la communis omnium possesio* han desaparecido, así, del horizonte doctrinal medieval.

Pero la idea del Derecho natural ha connotado siempre la existencia de algo que es éticamente muy valioso [113]. ¿Cómo fue posible, en el siglo XIII, justificar su derogación?

Una primera solución que se refleja en la doctrina de Acursio reposa sobre la teoría del mal menor. El Derecho de gentes, en efecto, justifica realidades repugnantes a la razón natural, como son la servidumbre y las *praescriptiones;* pero estas derogaciones son lícitas porque se han realizado *propter neccesitates* [114]. Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre este tema, Acursio considera que, de no existir la esclavitud, los prisioneros de guerra serían ejecutados en lugar de quedar como esclavos de los vencedores, y es más humano que conserven la vida, aunque sea bajo la condición de siervos. Por otra parte, las «usucapiones» hacen posible la prueba segura de las propiedades sobre las cosas [115] y este simple hecho justifica su existencia. Vázquez de Menchaca glosa e interpreta tres siglos más tarde esta opinión de Acursio indicando que las *praescriptiones* las han creado los hombres «para que los dominios de las cosas no fueran inciertos, para que los pleitos

naturale». Cfr. *Il diritto naturale...,* cit., pág. 158. A. VERDROS indica que la distinción de dos etapas en la vida de los hombres, que tuvieron relevancia en la teorización antigua sobre el Derecho, era una opinión común de la Patrística. Vid. *Primäres Naturrecht, sekundäres Recht und positives Recht in der christliche Rechtsphilosophie,* en «Ius et lex». Festgabe zum 70. Geburstag M. Willer. Basel, 1959, pág. 448.

113. Escribía Acursio que «iure naturali, quod semper bonum et aequum est...». Cfr. glosa «c» a D. 1,1,6. Diversos canonistas, por su parte, entendían que el Derecho natural es aquel que procede «ex sola aequitate». Vid. Weigand: *Die Naturrechtslehre der Scholastik bei den Dekretisten und Dekretalisten,* en «Persona y Derecho». IV (1977), pág. 344.

114. Cfr. ACURSIO, glosa «b» a D. 1,5,4. Azón había mantenido anteriormente que «Iura naturalia dicuntur inmutabilia... nisi iusta causa interveniat, vel publica utilitas». Cfr. *Lect. Codicis,* 1,22,6, glosa *quae generalis.* Cit. por Cortese en *La norma...,* cit., pág. 121.

115. ACURSIO mantenía: «servitutem vel usucapionem de bono publico introducta. cum haec iuri naturali sit contraria dicat non esse bona. si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse. Est de iure naturali omnes esse liberos. dominio rem suam non auferri...». Contesta estas cuestiones argumentando: «si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse. sic enim omnes capti ab hostibus periret mali est rei publice eos vivere servos quam mori igenuos. item si ispicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius eas tolerari. aliter enim non posset probari dominium fere». Cfr. D. 1,1,11, glosa «t». Como puede observar el lector, Acursio, como los restantes glosadores, usaba un latín plagado de faltas de ortografía.

no se hicieran eternos, para que los dueños no estuvieran atormentados con el temor continuo de perder sus bienes». En efecto, la *praescriptio* cobró tanta importancia en la jurisprudencia medieval porque, al entender estos juristas que todas las cosas habían sido de propiedad común en los tiempos primitivos, «el que afirma ser propietario de un inmueble —escribe Vázquez de Menchaca— tiene que probar tal hecho, porque opera contra él la presunción contraria, y el único medio de que dispone para hacerlo es mostrar la posesión que dio origen a la prescripción, a menos —concluye irónicamente— que muestre el testamento de nuestro padre Adán por el que constare haberle sido dejada a él alguna finca» [116].

Así pues, el *ius naturale* puede ser derogado cuando existe una causa proporcionada y en tal caso es lícito, según la mentalidad medieval, proceder contra lo que estatuye el Derecho natural, tanto en el fuero interno como en el externo [117].

De todos modos, el Derecho natural tiene en Acursio una fuerte connotación ética, puesto *quod semper bonum et aequum est,* como ya hemos visto, y por este motivo, aunque admite la teoría del mal menor, intenta salvar la inmutabilidad de este Derecho de formas distintas. Unas veces explica que el Derecho natural no puede considerarse derogado por la existencia, admitida jurídicamente, de la esclavitud. El Derecho natural, explica Acursio, no ha sido derogado en este punto, sino, simplemente, sucede que «no ha sido tenido

116. «Quoad tertium nempe quare usucapio fuerit introducta, respondet Iureconsultus id admissum ne rerum dominia incerto essent, et ne lites essent inmortales, neve domini, perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciarentur. Sed quonam modo deducitur lites fore inmortales dominiaque; rerum fore in incerto, si praescriptiones inventae non fuissent? Et sane perspicuum est, nam principio generis humani omnia erant communi prasertim agri et campi ut est vera et communis oppinio». Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres.* Trad. de F. R. Alcalde. Valladolid, 1934, cap. 51, núm. 9. Más adelante, continúa: «ut qui aliquid immovile suum esse duxerit, illud probare debeat, quia contra se habet praesumptionem iuris, cumque is dicat quod ius olim erat commune, degenerasse, ad sequitur; solum in particulari pertineri coepisse, id probare necesse habet... nisi quis ostenderet testamentum primi parentes Adami, quo quodpiam forte praedium aut praedia sibi relicta fuisse appareret». Cfr. *op. cit.,* nn. 15 y 16.

117. «Iura naturalia dicuntur inmutabilia». «Ormai in questa figura della *causa legis* vengono a cristallizzarsi motivi etici così forti da permettere el cedimento dello stesso diritto di natura, che pure concentra i più alti principi morali. Ma si comprende: nella meccanica del raggionamento medievale porre una causa valida a sostegno di un'azione significava assegnare a questa un'intima ragionevolezza, che non portava solo sul piano logico, ma s'inoltrava bene a fondo su quello etico: perchè ogni giustificazione razionale diveniva giustificazione nel foro della coscienza.» Cfr. CORTESE, *La norma...,* cit., pág. 121. No estoy completamente de acuerdo con lo que aquí expone Cortese; debería haber matizado que la derogabilidad de Derecho natural sólo fue admitida por los juristas, pero no por lo general, por los teólogos medievales.

en cuenta en este caso»[118]. Pero como esta explicación choca con la evidencia de los textos romanos, por lo general se contenta con admitir que el Derecho natural es derogable, aunque no en su totalidad, sino sólo en algunos casos concretos[119].

Pero, en la doctrina de Acursio, la virtualidad creadora del *ius gentium* no se agota en derogar parcialmente, es decir, en casos determinados, lo establecido en el Derecho natural. Efectivamente, Acursio, razonando al filo de la definición del Derecho natural que proporciona Ulpiano, según la cual el *ius naturale* compete a todos los seres vivientes, y el *ius gentium* es el Derecho natural propio del hombre[120], equipara más o menos implícitamente el Derecho natural con el Derecho de gentes. El fundamento de esta equiparación reside en el carácter «natural» que presenta el discurso de la razón humana que es la creadora del *ius gentium*. Por este hecho, afirma Acursio que el *ius gentium* puede ser llamado Derecho natural porque está *naturali ratione inductum;* en consecuencia, lo fundamentado en este Derecho de gentes natural es inmutable e inviolable a causa de su íntima racionalidad[121]. Resulta así, que la otra fuente del *ius naturale* es, en Acursio, la razón humana que se despliega para hacer frente a las necesidades de la vida social.

Pero la equiparación entre Derecho natural y razón no puede ser en la doctrina acursiana un tema pacífico, toda vez que este

118. «Sed quod dicat esse inmutabile, est contra id quod de servitute dicitur: quae est contra ius naturale: et tamen praevalet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu nam nihilominus bonum et aequum est». Cfr. glosa «e» a Inst. 1,2,11.

119. Esta opinión fue mantenida por los juristas del *ius commune* desde los inicios de la Escuela de Bolonia. IRNERIO, en efecto, dejó escrito que el *ius gentium* deroga al *ius naturale* «in sui corporis universitate nam in singulis aliter se habet, ut servitus». Cfr. glosa «c» a D. 1,1,6. Sobre este tema, vid. ROTA, *Il diritto naturale...,* cit., pág. 161-162. Desde Irnerio hasta Acursio, la licitud de esta derogación parcial parece haber sido la opinión dominante. Vid. CORTESE, *La norma...,* cit. vol. I, págs. 120 y ss. Los canonistas salvaron el problema de la derogabilidad del Derecho natural distinguiendo tres tipos de «normas» dentro de este Derecho: las preceptivas y las prohibitivas, que son inderogables, y, como tercer grupo, el integrado por las *demonstrationes,* que sólo «recomiendan», sin ordenar o prohibir, en sentido estricto, ninguna conducta: «Detractum in demonstrationibus, tamen non in praeceptis vel prohibitionibus, sicut in libertate, quae per ius gentium inmutata est, ut servitus inducta». Así opinaban, entre otros, Rufino y Esteban de Tournay. Vid. WEIGAND, *Die Rechtslehre der Scholastik...,* cit. págs. 241-347.

120. «Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur». Cfr. Digesto ed. cit. 1,13. Acursio glosaba esta opinión indicando que «nan ius istud non solum est hominum, sed commune omnium animalium». Cfr. glosa «i» a Inst. 1,2, *proemio.*

121. «Nota quod ius gentium naturali ratione inductum, et hic unde est inmutabile». Cfr. glosa «e» a Inst. 1,2,1. En la glosa «i» a Inst. 2,1,1 explica que el Derecho de gentes puede ser llamado «natural» («dicitur naturali») porque «est naturali ratione inductum».

jurista ha mantenido que el Derecho natural consiste fundamentalmente en la libertad presuntamente originaria del hombre. La equivalencia aludida presupone, por este motivo, que la razón es tanto el principio constitutivo del Derecho de gentes que deroga la *omnium una libertas* estatuída por el Derecho natural, como el Derecho natural que fundamenta tal libertad para todos. Un ejemplo de las dificultades insolubles a que llevaba esta doble y contradictoria caracterización de la naturaleza del Derecho natural lo encontramos, por ejemplo, en el problema de la *naturalis obligatio.* Al comentar, en efecto, la ley *ex hoc iure* [122], los juristas medievales, entre ellos Acursio, se vieron forzados a admitir que los contratos «eran desconocidos» por el Derecho natural: el Derecho de gentes fue el que, en un presunto momento histórico posterior al del Derecho natural, los introdujo en la vida de los hombres. Planteadas así las cosas, resultaba que la exigencia del cumplimiento de las obligaciones que nacían en los contratos sólo podían —lógicamente— fundamentar su pretensión de vinculatoriedad en el Derecho de gentes. Sin embargo, se imponía de una forma tan evidente a la razón natural la regla que establecía que *pacta sunt servanda,* que unánimemente se la fundamentó en el Derecho natural, con lo cual se afirmaba implícitamente que el efecto vinculante de un contrato cualquiera podía ser exigido en conformidad con el Derecho natural. Resultaba de todo esto una contradicción que se mostró insalvable en la doctrina de Acursio y de los demás juristas de este tiempo: que el efecto de una institución fundamentada únicamente en el *ius gentium,* Derecho que es posterior en el tiempo al Derecho natural, justificaba su eficacia, sin embargo, gracias al *ius naturale.* Por este motivo, Acursio escribía que la *obligatio iuris gentium dicitur naturalis* [123], con lo cual equipara el Derecho natural y el Derecho de gentes [124].

Estamos, pues, ante una doble configuración del Derecho natu-

122. El texto de esta «ley» reza: «Ex hoc iure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam qua iure civili introductae sunt». Cfr. Digesto, ed. cit. 1,1,5.

123. Cfr. glosa «a» a D. 1,1,5.

124. Así lo hace notar también CORTESE, para quien el problema de la *naturalis obligatio* conlleva la unión necesaria entre el Derecho natural y el Derecho de gentes. Este autor expone una amplia cita de Acursio: «aliud est naturale, quo ad animalia omnia, aliud quo ad omnes homines, et hoc etiam potest dici gentium, quod in idem recidit. Cum ergo dico obligationem naturalem non intelligo de iuri naturali omnium animantium, quia alia animalia non obligantur, sed de iure gentium». Cfr. glosa a D. 1,1,5. Cortese explica que Acursio tomó esta idea de AZON. Cfr. *La norma...,* cit., vol. I, pág. 83.

ral, ya que este orden normativo encontró unas veces su fuente constitutiva en la *natura,* otras veces, en la *ratio.* Cuando acentúa el carácter «natural» del *ius naturale,* Acursio considera o se refiere a la libertad casi ilimitada del hombre que nace del apetito natural a dicha libertad [125]. En cambio, cuando eleva a la *ratio* a un primer plano iusnaturalista, las exigencias de la razón chocan con el contenido que entonces se atribuía entre los juristas al Derecho natural y, en consecuencia, quedan sin explicación las contradicciones que existen en una misma doctrina iusnaturalista, tales, por ejemplo, como la exigencia simultánea de libertad para todos los hombres y la justificación jurídica de la existencia de la esclavitud, o el carácter común de todos los bienes que reclama la *communis omnium possesio* y la existencia, al mismo tiempo, del derecho real de propiedad sobre esos mismos bienes.

Ante estos problemas los juristas medievales no llegaron a soluciones coherentes. El núcleo del problema residía en la doble naturaleza que acordaron la *naturalis ratio:* unas veces aparece como *recta ratio* que muestra principios de justicia evidentes que afectan a todos los hombres, y en otras ocasiones se muestra como una facultad natural con la que se llega a resultados satisfactorios según un razonamiento fundamentalmente pragmático. En el primer caso, la *ratio* aparece en sus teorías como el *ius naturale* eterno e inviolable, y que sería algo que muestra la Naturaleza; en el segundo supuesto la razón se muestra como el *ius gentium* que constituye un orden normativo creado por los hombres, de acuerdo con sus conveniencias, que deroga preceptos fundamentales del Derecho natural. Con esta segunda consideración de la razón natural, el *ius naturale* abandona la esfera de los principios inmutable de la justicia y se acerca hasta los problemas concretos de los hombres. Pero en este último caso, Acursio no habla del Derecho natural, sino del *ius gentium.*

Queda, pues, planteado un problema fundamental en las doctrinas iusnaturalistas de los juristas del *ius commune:* ¿es posible mantener una distinción rigurosa entre el Derecho natural y el *ius gentium,* entendidos ambos ordenamientos jurídicos de la forma como los presentaba el *Corpus Iuris* ante la jurisprudencia medieval?

Pedro de Bellapertica renuncia a esta separación y, a diferencia

125. Hace notar Cortese que la caracterización de la libertad que ofrecía el *Corpus Iuris* («naturalis facultas eius quod cuique facere libet») en Inst. 1,31, y D. 1,5,4, exigía separar la *naturalis libertas* —tan sin límites que excluía, en el pensamiento de los juristas medievales, cualquier tipo de obediencia institucionalizada— de la *naturalis ratio,* que reclamaba la subordinación de unos hombres a otros. Cfr. *La norma...,* cit., pág. 72.

de Acursio, mantiene con afán de coherencia la unión del Derecho natural y de la razón natural. Expone, en efecto, la definición del Derecho natural de Ulpiano, que él no rechaza, y, a continuación, indica que «el Derecho natural puede ser entendido de otra forma distinta, a saber, como el Derecho de gentes que nació con el mismo género humano» [126]. Este *ius naturale* que es propio solamente del hombre, recibe, con propiedad, el nombre de *ius gentium* [127].

Para Bellapertica, pues, aparecen dos líneas del pensamiento iusnaturalista; una, que arranca de la definición del Derecho natural de Ulpiano, es fundamentada en la afirmación de que este Derecho es aquello *quod natura omnia animalia docuit;* la otra se atiene, en cambio, a la *ratio* propia del hombre, y él la identifica con el ius gentium *quod cum ipso genere humano introductum est.* La primera definición del Derecho natural, que Bellapertica suscribe, no traspasa, sin embargo, los comentarios a las primeras páginas de la Instituta; quizá podamos considerar que repitió las palabras de Ulpiano para no chocar con una tradición inmemorial. Pero en los restantes comentarios suyos al *Corpus Iuris,* al tratar del Derecho natural se atiene exclusivamente a lo que muestra la *ratio* y rechaza, en consecuencia, la equiparación que hicieron los glosadores entre Derecho natural y libertad natural al seguir el Derecho romano. En consecuencia, los conflictos entre la *natura* y la *ratio* que hemos observado en la jurisprudencia acursiana, desaparecen en la obra de Bellapertica.

Gracias a este concepto restringido del *ius naturale vel gentium,* la justificación de la esclavitud deja de constituir un problema. Efectivamente, la libertad que de hecho posee el hombre, o el impulso natural a la libertad, explica este autor, es un hecho más de la Naturaleza que no fundamenta ningún derecho concreto. Una cosa es la *naturalis facultas* de poder hacer algo, y otra cosa es el *ius* que podría existir a realizar esta acción, porque *facultas* —sigue explicando Pedro de Bellapertica— se deriva de *fas,* y el *ius* es cosa distinta del *fas.* Para explicar mejor su pensamiento propone un ejemplo: transitar por un campo ajeno. «Pasar a través de un campo ajeno es lícito *(fas est),* pero no por ello existe un verdadero derecho

126. «Ius primaevum naturale dicitur quod natura omnia animalia docuit... Alio modo sumitur ius naturale secundum quod est ius gentium quod cum ipso humano genere introductum est». Cfr. *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratissimo principis Commentarii.* Lyon, 1589, comentario núm. 60 a Inst. 1,2,1. Había mantenido la misma opinión, con explicaciones prolijas, en el comentario núm. 4 al mismo lugar de la Instituta.

127. «Ius primaevum est commune sicut est illum quod competit omnibus animantibus... sic ipsum ius quo homines utuntur magis secundum propriam appropiationem vocatur ius gentium». Cfr. comentario núm. 4 a Inst. 1, 2.

a hacer esto». Por tanto, Bellapertica entiende que «la libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente, y, por este motivo, el obrar con plena libertad corresponde al *fas,* no al *ius*» [128].

Del conjunto de la doctrina iusnaturalista de este autor parece deducirse que, de forma parecida a la de algunos teólogos de su época, como Santo Tomás, por ejemplo, concibe el Derecho natural como un conjunto de principios inviolables por los hombres. Por ello, y a diferencia de los autores anteriores, la *ratio* creadora del Derecho no se escinde en una *naturalis ratio* que compone el Derecho natural, y la razón que obra *propter neccesitates,* que se concretaría en el Derecho de gentes. Por tanto, el *ius naturale vel gentium* de Bellapertica se muestra a los hombres mediante una fuente única: *quod naturalis ratio inter omnes homines costituit* [129]. Por este motivo, rechaza decididamente la derogabilidad que la tradición jurisprudencial anterior había hecho recaer sobre la mayor parte de los preceptos del Derecho natural. Niega también la fórmula de compromiso a que habían llegado los juristas precedentes, desde Irnerio: que el Derecho natural se puede derogar *in particularitate,* pero no *in sua totalitate,* porque ello implica —mantiene Bellapertica— que se establece como una relación de *toto quo ad totum et de parte quo ad partem,* que no le parece aplicable al Derecho natural. Esta solución, concluye el francés, «no vale ni lo que se da como limosna» [130].

De todos modos, Bellapertica no se mueve completamente en el vacío a la hora de exponer los contenidos materiales del Derecho natural: *la ratio* creadora de este Derecho se informa y alimenta de

128. «Servitus est de iure civili, quia si de iure naturali esset non potest tolli per ius civile. Istud non est verum, sed nascuntur servi. Non obstat quod ius naturali non potest tolli, verum est nisi causa probabilis... Dicit tunc quod libertas est naturalis facultas eius nisi vi, id est iure gentium aut iure id est iure civili prohibeatur. Ce n'est pas bien dict... Libertas est naturalis facultas eius; licet nisi vi id est per violentiam vel iure aliquo vel iure gentium vel iure civili prohibeatur... tunc dicit quod libertas est naturalis facultas, non dicit libertas est ius naturale quod cuique licet. Quare dico quod libertas est in his quae sunt facultatis. Per agrum alienum ire fas est... Sed per agrum alienum ire fas est, sed non ius. Ideo si dominus me prohibeat non ibo; sed si irem sibi tenerer actione iniurarum. Et ideo dicit est naturalis facultas. Non dicit quod est ius vel omnes homines liberi sunt non processit ex statuto; in hoc differt ius naturale a iure gentium, ut dixi. Nam omnia permissa sunt nisi prohibita sint; et ideo erat non ius uti plena libertate». Cfr. *Lectura Institutionum.* Reproducción de Forni de la ed. de 1536. «De iure personarum», núm. 11, págs. 120-121.

129. Cfr. GAYO, D. 1,1,9 e Inst. 1,2,1.

130. El fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6,1,7 y D. 22,1,25, e indica que «ista solutio non valet unum obolum». Cfr. comentario 65 a Inst. 1,2,11.

las inclinaciones que muestran naturalmente los hombres, y nuestro autor reconoce escuetamente este hecho cuando escribe que «el Derecho natural es una fuerza ínsita en las cosas mismas»[131], a pesar de que ha negado que del hecho *(fas)* se derive el derecho *(ius)*.

Este conjunto de inclinaciones naturales, que constituyen la fuente de los preceptos del Derecho natural son consideradas causas segundas en el orden de la Creación, y el francés, siguiendo una larga tradición jurisprudencial[132], quiere evitar cualquier solución que conduzca, aunque sea muy remotamente, a un panteismo, y deja clara

131. «Ius naturale est vis insita in rebus». Cfr. comentario núm. 7 a Ins. 1,2,1.

132. IRNERIO había establecido soglo y medio antes de BELLAPERTICA qua la lex *naturalis* es *divinitus prodita,* evitando de esta forma posibles derivaciones panteistas de corte neoplatónico o averroistas. Cfr. ROTA, *La concezione...,* cit., pág. 257. El mismo ROTA, en un estudio posterior, reproduce otras citas de Irnerio, más precisas a este propósito, en las que este glosador mantiene que la ley natural ha sido *divinitus prodita generaliter a singulatim.* Cfr. *Il diritto naturale...,* cit., págs. 153-154. PLACENTINO al comentar la definición de ULPIANO del Derecho natural indica: «et sic nomen quod erit accusativi casus, et hoc nomen natura erit nominativi casus. Vel dic quod nomen hoc quod sit casus nominativi, ut sic dicat quod docuit omnia animalia, id est per instinctu naturae. Natura, id est Deus, quia facit omnia nasci». Cfr. *Summa Institutionum,* I, 2, de iur. nat. gent. et civ. Citado por CORTESE en *La norma...,* cit. vol. I, pág. 56. AZON repite casi literalmente este texto de PLACENTINO, indicando que «natura, idest ipse Deus, docuit...». Cfr. glosa al tit. II de la Instituta.

Por lo general, cabe decir que este tema fue muy poco polémico en la primera época de las glosas y comentarios al Derecho romano. Lo que no es tan pacífico es el estado actual de la cuestión al decidir el alcance que debe darse a esta identificación expresa entre Dios y la Naturaleza. G. FASSÒ entendía que tal identificación «ci fornisce argomenti per decidire della questione maggiore, quella del suo possibile significato filosofico. Questo non potrebbe essere che panteistico». Cfr. *I glossatori...,* cit. pág. 694. Con esta interpretación del pensamiento medieval, sigue el parecer de U. GUALAZZINI, quien opina que esta equiparación entre Dios y la naturaleza «protrebbe far pensare a un preciso e consapevole orientamento panteistico del glossatore, e quindi all'inserzione di questo in una ben determinata corrente della filosofia medievale, quella che direttamente o indirettamente fa capo a la scuola di Chartres». Cfr. FASSÒ, *I glossatori...,* cit., pág. 693. Según Fassò, esta equiparación no responde a una intención filosófica precisa (que, de todos modos, él entiende que existió, más o menos difusamente entre los glosadores), sino que «tali parole *(natura, Deus)* costituiscono per noi la prova della loro virginità filosofica, perchè mostrano come essi non sospettino che vi possa essere adombrato un significato, che chiunque non fosse stato digiuno di filosofia, in un secolo che aveva qualche esperienza di panteismo, avrebbe facilmente avvertito». Cfr. *I glossatori...,* cit., pág. 695. Por este motivo, sigue explicando Fassò, cuando encontramos una explicación filosófica sobre este tema, cosa que sucede con ODOFREDO, que explicaba que el «ius naturale est quod natura, id est Deus, quia Deus est natura naturans...» (Cfr. glosa núm. 12 a D. 1,1,1,3) «è evidente infatti dall'intero testo della sua glossa ad Ulpiano che il diritto naturale tutto gli suggerisce tranne qualquiasi considerazione anche embrionalmente filosofica, e che egli usa la pomposa espressione *natura naturans* perchè l'ha nell'orecchio e la ritiene atta a impressionare». Cfr. *I glossatori...,* cit., págs. 696-697.

Esta explicación de Fassò me parece excesivamente simplista. Ante todo debería haber tenido en cuenta las restantes declaraciones de Odofredo sobre este tema. En otro lugar que no parece conocer Fassò, Odofredo escribía que «Ius naturale

la base teonómica del Derecho natural. Para él, en efecto, el Derecho natural vale como Derecho porque ha sido creado por Dios, y esta idea aparece con toda claridad en el comentario núm. 1 a Inst. 1,2,1, en donde indica que «el término *natura* que aparece en la definición del Derecho natural que ofrece Ulpiano debe entenderse en caso ablativo y entonces *intelligatur de causa naturata*»[133].

Bartolo de Saxoferrato continúa, desarrollándolas y ampliándolas, las teorías sobre el Derecho natural del tipo de las que encontramos en Acursio y Pedro de Bellapertica. Se diferencia de estos autores, sin embargo, en la mayor atención que dedica a este tema; gracias a este hecho, la jurisprudencia posterior a Bartolo dispuso de unas teorías iusnaturalistas extensas, y éste fue uno de los pasos decisivos para una andadura históricamente muy larga que desembocó en el tratamiento, como ciencia autónoma, de la *iuris naturalis disciplina*.

Del mismo modo que sus antecesores, Bartolo emplea a veces indistintamente las expresiones *ius naturale* y *ius gentium*[134]. Pero, como norma general, prefiere distinguir el Derecho natural del Derecho de gentes, y muestra una cierta irritación por el uso indiscriminado de estas expresiones. Para obviar este problema propone una solución: cuando aparezca el término «natural» referido *ad rationem vel ad homines,* debe entenderse que se trata del *ius gen-*

est quod natura omnia animalia docuit, haec legit duobus modis: uno modo quod hec (sic) dictio natura sit nominativi casus... deus est natura naturans et docuit omnia animalis. vel potest legi secundo modo: ut et hec dictio natura ponat in vi casu ablativi. et tunc exponens ita: ius naturale est quod docuit omnia animalia natura». Cfr. *Lectura...,* cit., De iust. et iure, ius nat. est, comentario núm. 12, pág. 6-B. Por otra parte, Odofredo, junto con Jacques de Révingy, fueron los divulgadores de la nueva dirección metódica en la jurisprudencia que se conoce con el nombre «escolástica» o «dialéctica», que los juristas italianos de esta época entendían como extraña a la tradición italiana, de los glosadores, poco versados en las Humanidades. A la nueva jurisprudencia la llamaron «dialéctica» o «escolástica» porque Odofredo y Révigny aplicaron al estudio de los casos recursos diversos tomados de la filosofía coetánea. Por ello, llama la atención la precisión con que Odofredo expresa sus opiniones, gracias a un inteligente dominio de la filosofía escolástica. Sobre esta faceta de Odofredo, vid. NICOLINI, *«Il giuristi postaccursiani...»,* cit., pág. 887. Jacques de Révigny explicaba sobre este problema que «...dic quod hic non est intentio legis, quod dictum sit de Deo nostro, sed exponatur et sit dicendum natura naturata». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,2, pr. Cit. por CORTESE en *La norma...,* cit., vol. I, pág. 58. Las opiniones de Acursio y Bellapertica ya las conocemos, y poco más adelante podremos ver la de Bartolo. Con esta abundancia de testimonios parece claro que no puede ser valoradas como hace Fassò, es decir, «como expresione pomposas que se han oído y que se conservan en la memoria, que sólo son aptas para impresionar».

133. Comentario a Ins. I, 2, núm. 1.

134. Cfr. entre otros lugares, el comentario núm. 1 a Inst. 1,2,11. Cito por la edición de Venecia de 1616.

tium[135]. Esto es así porque el *ius naturale est, quod congruit omnibus*[136], y este Derecho, *relatum ad rationem, vel ad hominem, semper intelligitur pro iure gentium*[137].

Sin embargo, esta distinción plantea una serie de problemas con los que ya había tropezado la jurisprudencia anterior. Efectivamente, si se admite que el Derecho natural propio del hombre es el Derecho de gentes, sin más, no se puede explicar cómo el siervo *qui est annihilatus* por el Derecho de gentes, que deroga en el caso de la esclavitud casi todo lo que estatuye el Derecho natural referente a la libertad, conserva, sin embargo, la capacidad o libertad de quedar obligado por sus propios actos[138] de modo que tal capacidad se fundamenta en el Derecho natural: estamos otra vez, ante el problema insoluble de la fundamentación de la *naturalis obligatio* cuando es contraída por el siervo. Por otra parte, existen varios institutos jurídicos que son opuestos a la libertad y equidad propias del Derecho natural, y esto sucede con la esclavitud, la *capitis diminutio* y la *praescriptio,* que las fundamentaban en el Derecho de gentes que, una vez más, derogaba en estos casos concretos lo dispuesto por el Derecho natural[139].

Lo procedente, para resolver estas dificultades, indica Bartolo, es considerar que el *ius gentium habet duas partes*[140]. Una es la que comprende el Derecho de gentes que consiste en la razón natural sin tener en cuenta ninguna constitución de los hombres, que comenzó a existir con el mismo género humano, como es, por ejemplo, el cumplir la palabra dada. Atendido este Derecho de gentes primario, «el *status* del siervo no ha sido aniquilado, por lo que hay que con-

135. En el comentario núm. 5 a D. 41, 2,1, escribe: «Dicitur hic, quod possesio est naturalis. Contra, illud est naturale, quod commune est omnibus animalibus, et sic animalia possident, contra, carentes sensu non possident. Dicit glossa intellige naturaliter, de iure gentium, et cum verbum naturale refert ad rationem, vel ad homines, intellige ius naturale vel gentium... Sic enim hoc verbum naturale, refertur ad homines, ergo de iure gentium intelligunt».

136. Cfr. comentarios a D. 2,14,1; D. 1,1,3; núm. 5; D. 12,6,64, Inst. 1,3 e Inst. 1,2,2, núm. 1.

137. Comentario núm. 5 a D. 41,2,1. Esta misma idea se encuentra entre otros lugares, en el comentario núm. 5 a D. 1,1,3, núm. 20 a D. 12,6,1, núm. 9 a D. 29, 1,1,3. Este hecho explica la aparente paradoja de que la *obligatio naturalis* se fundamente en el Derecho de gentes y no en el Derecho natural: *qui est obligatus ex aliqua aequitate, vel disponens iuris gentium dicitur obligatus naturaliter.* Cfr. comentario núm. 26 a D. 12,6,60.

138. Cfr. comentario núm. 9 a D. 1,1,5.

139. «Quod ius naturale primaevum sit mutabile arguit glossa multipliter: et primo, quia servitus est contra ius naturale, cum omnes homines iure naturali primaevum sunt liberi: et inde praevalet servitus iure cognitionis, quodam ius naturale aequum est». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,2,11.

140. Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,5.

cluir que todos los hombres eran libres». La otra comprende «el Derecho de gentes que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por convenciones de los pueblos... como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, separaciones de las propiedades, y según este Derecho el *status* del siervo ha quedado reducido civilmente a la nada» [141].

Así pues, existen dos Derechos de gentes que, entre otras guardan entre sí una pretendida relación histórico-cronológica. Existe, efectivamente, un Derecho de gentes que se manifestó con el origen mismo de la Humanidad, al que Bartolo llama *iurisgentium vel ius naturale primaevum* [142], y hay otro Derecho de gentes, *introductum usu gentium* [143], que aparece en la historia más tarde. Posteriormente, los hombres crearon el *ius civile* [144].

Por tanto, existen dos etapas por las que ha pasado la Humanidad hasta llegar al estado presente. Según Bartolo, en la primera estaba solamente en vigor el «Derecho de gentes natural», *secundum quod dominia fuerunt distincta* [145]. Del conjunto de su doctrina parece que Bartolo rechaza la opinión de aquellos que habían mantenido que el poder político no habría existido en esta primera etapa de la historia de la Humanidad, porque escribe: «Tú afirmas que porque los jueces y magistrados fundamentan su legitimación en el *iure civili,* la obligación de obedecer a los jueces no pudo fundamentarse en el Derecho de gentes, pues este Derecho desconocía los jueces y magistrados. Contesto que no. Los reyes y magistrados, como declara la ley *ex hoc iure* (D. 1,1,5) se legitiman por el Derecho de gentes, y los otros jueces inferiores fueron introducidos más

141. «Iurisgentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, rationali ratione inductum absque aliqua constitutione iuris gentium, ut fidem, seu promissa servare. Et isto iurisgentium primaevus status servi non est annhilatus, imo omes erant liberi». «Est iurisgentium, quo omnes gentes utunt ex constitutionem earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinctiones dominiorum, et isto iure status servorum est annihilatus» Cfr. comentario a D. 12,6,64. Otros pasajes, con un contenido casi idéntico los encontramos en los comenatrios a D. 1,1,5, núm. 10 y D. 29, 1,14, núm. 2, Juan Bolognettus, a mediados del siglo XVI, explicaba que Bartolo había distinguido tres Derechos diferentes: el Derecho natural, el Derecho de gentes «quod a constitutionibus gentium introductum fuit», y el «ius gentium alium tertium mixtum, quod a gentibus factum fuit et propter hoc sit ius gentium, quia sine constitutione ex sola naturali ratione ab hominibus institutum fuit appellatum ius naturale, et sic sit mixtum, et dicant ius naturale gentium». Cfr. *In eam Pandectarum partem quam Digesti Veteris vocant, Commentarium, seu Repetitionum Pars prima.* Venecia, 1582, rúbrica «de verborum obligationibus».

142. Cfr. comentario a D. 12,6,13.

143. Cfr. comentario a D. 29,1,14, núm. 2.

144. Cfr. comentarios a D. 1,1,5, núm. 4 y D. 12,6,38, núm. 12.

145. Cfr. comentario núm. 4 a D. 1,1,5.

tarde por el *iure civili*» [146]. En este estadio presuntamente histórico, no existían acciones ni juicios, «y aquel que quería conseguir algo lo alcanzaba únicamente mediante el poder del rey» [147]. Tampoco existía el matrimonio en la forma que hoy lo conocemos y, por ello, todos los hijos eran legítimos [148].

En la segunda etapa entró en vigor el Derecho de gentes creado por los hombres ante sus necesidades, y este Derecho legitimó la esclavitud y otras instituciones jurídicas que parecen opuestas a la equidad o a la libertad del Derecho de gentes primario. Según Bartolo, junto con este tipo del Derecho de gentes se creó el *ius civile* o Derecho propio de cada comunidad política, y con él entran los hombres en la sociedad actual [149].

Pero, ¿cómo pueden existir y ser admitidas jurídicamente en esta segunda etapa unas instituciones que son opuestas al Derecho natural? Nuestro autor, sin que parezca consciente de ello, utiliza varias nociones del Derecho natural, muy distintas y contradictorias, legadas por la jurisprudencia anterior. Una es aquella que se concreta en *quod procedit ex ratione naturali, quod convenit omnibus hominibus* [150]. Aquí tenemos el Derecho natural como *ratio,* compuesto por algunos principios ético-jurídicos muy elementales, *ut servare promissa,* por ejemplo [151]. Otra acepción del *ius naturale ex* aquella que se expresa en la *obligatio naturalis, quod procedit ex instinctu naturali* [152].

El Derecho natural entendido como *ratio naturalis* tal como lo

146. «Dicas tu quo hoc, cum iudices et magistratus fuerint de iure civili, ergo quod obediamus iudicibus non fuit de iure gentium, cum illo iure iudices et magistratus, et reges, 1. ex hoc iure, et ibi, regna condita,, et alii iudices inferiores postea fuerunt introducta a iure civili». Cfr. comentario núm. 14 a D. 12,6,60.

147. Cfr. Comentario núm. 12 a D. 12,6,38.

148. Cfr. comentario núm. 14 a D. 41,2,1.

149. La doctrina de Bartolo sobre este punto es algo confusa. En ocasiones, mantiene que el poder político es una invención humana con la que se pierde la *omnium una libertas* que estatuye el Derecho natural. De seguir esta línea de pensamiento, habría que concluir que han existido tres etapas en la «historia» de la Humanidad que esboza Bartolo: una en la que no existían gobernantes ni leyes; otra, en la que existieron magistrados y gobernantes, y una tercera en la que el *ius civile* introdujo las leyes escritas y los diversos tipos de magistrados que se ocupaban de administrar justicia. Fernando Vázquez Menchaca, desarrollando esta idea de las diversas etapas por las que ha pasado el hombre hasta llegar al estado actual, escribía hacia 1550: «Dic ergo tria fuisse tempora, primum a primordio mundi quando nec erat principes nec iudices aut magistratus, nec leges scriptae; alterum quo esse coeperunt principes non dum tamen erant leges scriptae; ultimum quo et leges scriptae vel etiam mores et consuetudines regionum particulares coeperunt». Cfr. *Controversiarum illustrium...,* cit. cap. 70 núm. 5.

150. Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,5.

151. Cfr. *ibidem.*

152. Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,1.

expone Bartolo no debe ser confundido con el *ius naturale et gentium* de Pedro de Bellapertica. La *ratio* a que alude Bartolo consiste en el núcleo de principios ético-jurídicos más elementales que todo hombre encuentra en su razón de una forma innata. De hecho, sólo le sirve para conocer unas reglas ético-jurídicas muy elementales frecuentes de encontrar, atribuidas al Derecho natural, en los juristas bajomedievales. Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, expresa muy bien esta noción del *ius naturale* cuando escribe que «nosotros llamamos Derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional los determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio» [153]. Tales reglas o principios no están expuestas ordenadamente en ningún libro de la época; aparecen bajo forma de observaciones que se hacen incidentalmente al tratar un «caso» o *quaestio,* tal como hice notar páginas atrás, al tocar el tema de la metodología jurídica medieval.

El Derecho natural *quod procedit ex instinctu naturali* solo supone, en cambio, una cierta inclinación hacia algo o, lo que es más importante, la concreción de las libertades del hombre en una genérica «libertad natural». Esta libertad ha sido y es —mantiene Bartolo— mutilada, ya sea por la institución de la esclavitud, ya por la existencia misma del poder político que, con sus relaciones de jerarquización y de subordinación inevitables parece contrario a la expresión del libre querer de cada cual. Por ello escribía Bartolo: *An contra ius naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra ea facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, quae est de iure naturali* [154]. La identificación entre Derecho natural y libertad que se apuntaba en las glosas de Acursio, recibe su espaldarazo con Bartolo. En efecto, este jurista une la idea de libertad con la de un supuesto estadio histórico por el que atravesó la Humanidad en una primera fase de su desarrollo, y tal estadio será llamado poco después *status naturae* por el hecho de que en él, los hombres se regían solamente por el Derecho natural. La idea del Derecho natural-libertad, potenciada por la de libertad-estado de naturaleza fue uno de los elementos claves del incipiente iusnaturalismo de los juristas que se apartaron, de esta forma, en el siglo XIV ya con toda claridad, de las teorías iusnaturalistas de los teólogos, más atentos al contenido

153. Cfr. *Liber pactorum unus,* ed. cit. pág. 119.
154. Cfr. comentario núm. 3 a D. 1,4,1.

ético del Derecho natural. En un proceso similar de diferenciación respecto de los teólogos, el *ius gentium* de los juristas abandona el carácter ético que aún poseía en la doctrina de Bellapertica y se convierte en el Derecho que justificaba todo aquello que, aunque admitido socialmente en aquel tiempo, parecía oponerse, sin embargo, a la libertad o bondad ética del Derecho natural, como sucedía con el poder político, la esclavitud, el fraude tolerable en la contratación, o la prostitución. Poco tenía en común con el *ius gentium* de Gayo: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit,* o del Derecho de gentes que Santo Tomás obtenía mediante «determinación» o «conclusión» del Derecho natural [155].

Pero esto no supuso una actitud iusnaturalista «revolucionaria», del tipo de las que surgieron en el siglo XVIII. El *pathos* ético de la libertad en el siglo XIV es muy distinto del que se desarrolló en la Edad Moderna. Bartolo se limita con constatar que «naturalmente» el hombre es libre, es decir, que le está permitido de hecho todo aquello que no le está prohibido: «Se dice que está estatuído por el Derecho natural porque no se encuentra prohibido por este mismo Derecho» [156]. Aquí, efectivamente, no puede apreciarse la existencia de un verdadero derecho pues Bartolo explica repetidas veces que, hablando con propiedad, aunque «aquello que no queda prohibido por la libertad se dice, por tanto, que está concebido por el Derecho natural» [157], debe entenderse que «el Derecho natural que compete a todo animal no estatuyó nada» [158]. Con esta solución resuelve el problema de la legitimación jurídica de la esclavitud, pues la libertad «natural» es algo que viene «constituido» por la naturaleza, pero no «estatuído» por ella [159].

155. FRANCISCO SUÁREZ, muy influido por las teorías sobre el Derecho de gentes desarrolladas por los juristas de los siglos XIV-XVI, escribía que «Addo vero esse differentiam inter ius gentium et naturale rigorosum, quod ius naturale non solum praecipit bona, sed etiam ita prohibet omnia mala, ut nullum permittat. Ius autem gentium aliqua mala permittere potest, ut notavia Matienzo libro 5 Recopil. t. II, leg. I, Glossa 1, numer, 4. Quod maxime videtur habere locum in illo iure gentium, quod re vera civile est per similitudinem autem, et per convenientiam nationum vocatur gentium. Sic enim sicut in iure civili permittuntur aliqua mala, ita etiam possunt permitti iure gentium, quia ipsa permissio postest esse tam neccessaria iuxta fragilitatem, et conditionem hominum, vel negotiorum, ut in ea servanda omnes ferè nationes concordent, talis esse videtur permissio meretricum, et permissio deceptionis in contractu, quae non sit enormis, et similia». Cfr. *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo.* Reproducción de la ed. de Coimbra de 1612. Madrid, 1967, Libro II, cap. XX, núm. 3.

156. «Dicitur iure naturali primaevum esse statutum, quia per ius naturali primaevum non invenitur prohibitum». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,2,11.

157. Cfr. Comentario a Inst. 1,2,2.

158. «Ius naturale quod omne animale competit, nihil statuit». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,2,1. Vid., además los comentarios a Inst. 1,2,11 y 1,2,2, núm. 1.

159. Cfr. comentario a Inst. 1,3. En este lugar explica el alcance del término

Por tanto, el Derecho natural entendido como *naturalis libertas* es fácilmente derogable y, de hecho, se encuentra derogado en muchos casos. Bartolo sigue la opinión de Acursio, desechada, como ya vimos, por Pedro de Bellapertica, y escribe que «el Derecho de gentes es inmutable en su totalidad, pues con justa causa puede ser cambiado en ciertos casos. Por ello, se puede decir que el único precepto del Derecho de gentes es aquel que indica que no puede ser cambiado totalmente» [160]. Sin embargo, «esta solución es contraria a lo que se indica en el texto (romano), en donde se dice que (los *iura naturalia,* Inst. 1,2,11) son siempre firmes e inmutables y que muy rara vez cambian». Pero el epígrafe *sed naturalia* de la Instituta no supone obstáculo para admitir la derogabilidad del Derecho natural: «No obsta lo que se dice en el texto, que (los derechos naturales) son siempre firmes e inmutables, pues también se dice de las acciones que son perpetuas y firmes por el hecho de que duran largo tiempo» [161]. Por esto, explica Bartolo el adjetivo «inmutable» debe entenderse en el sentido de «difícilmente mudable» [162].

Del mismo modo que Bellapertica, nuestro autor considera a la *natura* como un complejo de causas segundas. La frase empleada por la Glosa, *natura, id est, Deus,* despierta recelos en él e indica que la *natura* a que aluden los textos debe ser entendida como una *natura naturata* [163].

Una de las facetas más importantes del iusnaturalismo bartolista fue, como hemos visto, el esfuerzo de Bartolo por ordenar y concordar el legado jurisprudencial relativo al Derecho natural existente en su tiempo, compuesto por ideas contradictorias. Este aprecio de la producción jurisprudencial anterior, que le llevó a no rechazar definitivamente ninguna doctrina, pudo ser el motivo por el que no

«constitutio», que es distinto del de «statutum». Lo mismo parece indicar Bellapertica, y es posible que Bartolo tomara esta solución de este otro autor: «Scitis quare hoc dico: quia ius naturale non reperitur aliquid statuisse». Cfr. *Lectura Institutionum,* ed. cit., libro I, núm. 16.

160. «Ius gentium inmutabile est in sua totalitate quae in certu casu potest mutari per iustam causam... Dicendum quod ius gentium etiam unico praecepto totaliter mutari non potest». Cfr. comentarios núms. 2,4 a Inst. 1,2,11.

161. «Nec obstat quod dicit littera quod iura naturalio firma et inmutabilia sunt, quia et actiones quaedam dicuntur perpetuae et firmae, quia longo tempore durant». Cfr. *ibidem.*

162. «Dicas inmutabilia sunt iura naturalia. lex inmutabilia, vel difficulter mutabilia... Ita similiter haec naturalia iura non mutantur, id est, de facile non mutantur». Cfr. *ibidem.*

163. «Ius naturale. In glossa natura, id est, Deus, sed dic quod hic non est intentio legis, quo dicendum sit de Deo nostro, sed exponant et sic dicendum, natura naturata, nec hic accipit, est virtus insita rebus ex similibus similia procreans.» Cfr. comentario a Inst. 1,2 *proemio.*

encontramos en su obra un cuerpo coherente de ideas sobre el Derecho natural.

En efecto, Bartolo no rechazó la identificación entre *ius naturale* y *naturalis libertas:* la admite expresamente y la vincula a una presunta etapa primitiva de la historia de la Humanidad. Pero, al mismo tiempo, acepta que el Derecho natural encuentra su fuente en la *ratio* humana, y tal razón aconseja la creación de instituciones que entonces se tenían por necesarias en la vida social, pero que son opuestas a aquella libertad primitiva. De esta forma, Bartolo contrapone las exigencias reales de la vida del hombre —indicadas por la *ratio*— con una visión utópica —*la omnium una libertas*— que también encuentra en la jurisprudencia precedente. El limó las aristas de estas ideas en la medida en que pudo, a fin de hacerlas compatibles entre sí. Fracasó en esta empresa, pero gracias a la inmensa difusión de sus *Comentaria* al Digesto y a la Instituta sus relativamente extensas teorías sobre el Derecho natural se afirmaron como un conjunto de ideas utilizables en la argumentación jurídica.

Efectivamente, las nociones del Derecho natural que encontramos en los juristas que comienzan la era del iusnaturalismo moderno son, fundamentalmente, las que hemos encontrado en Bartolo[164], y la dispersión de las ideas bartolistas sobre el Derecho natural determinó el nacimiento de escuelas iusnaturalistas profundamente distintas entre sí, según que se acentuaran las exigencias de la *ratio* o de la *omnium una libertas* que estatuye el Derecho natural. La *ratio* como fundamento del Derecho natural. La *ratio* como fundamento del Derecho natural creó la dirección «racionalista» del iusnaturalismo moderno que encontró sus máximos exponentes en Pufendorf y Wolff; la consideración, preferente, en cambio, de la *naturalis libertas* hizo posibles las doctrinas de Hobbes o Locke. Abundando en esta idea, aunque en Bartolo encontramos ideas suficientes como para desbrozar el terreno relativo a la génesis de las escuelas iusnaturalistas de la Edad Moderna, que es el fin fundamental que persigue este estudio, considero, sin embargo, que quedaría incompleto si no aludiera a las teorías del discípulo y sucesor en importancia de Bartolo, es decir, de Baldo de Ubaldis. El examen del cuerpo doctrinal sobre el Derecho natural que existe en la obra de Baldo nos permite entender con más nitidez la lógica propia de cada una de estas nociones medievales sobre el Derecho natural a que he aludido, lógica tan excluyente que las hace irreductibles unas a otras y que, en consecuencia, dieron origen históricamente a sistemas iusnaturalistas muy distintos.

164. Vid. *La génesis del Derecho natural laico...*, cit. págs. 280 y ss.

La razón de la importancia de la doctrina iusnaturalista de Bartolo radica en el hecho de que este autor fue el jurista medieval que —en la medida en que conozco el pensamiento de la Edad Media sobre el Derecho natural— mejor encarna las tensiones entre los dictados que proceden de la *ratio* y aquellos otros que tienen su origen en la *natura*. Ello es así porque Baldo, que estaba en condiciones de manejar un bagaje iusnaturalista mucho más rico que cualquiera de los juristas anteriores, fue el autor que con más empeño pretendió unificar en un solo concepto las diversas nociones del Derecho natural a que he hecho referencia páginas atrás.

A este fin, el de Ubaldis siguió estrechamente la definición del Derecho natural y del Derecho de gentes que se encuentran en D. 1,1,1: «Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar... Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí»[165]. El camino que tomó, de acuerdo con esta declaración de Ulpiano, fue el de concretar claramente la distinción entre *natura* o Derecho natural y la *ratio* o Derecho de gentes. Bartolo había mantenido que los dictados de la razón natural correspondían al Derecho natural o Derecho de gentes primario, mientras que lo creado o descubierto por el hombre mediante el ejercicio de la razón ante las necesidades concretas corresponde al Derecho de gentes que se origina *ex usu gentium*. Baldo radicalizó esta distinción de su maestro; explicó, por este motivo, que «pertenecen al Derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instituto y de la inclinación natural»[166]. Pero este instinto e inclinaciones quedan limitadas tan sólo a aquellas que sean comunes a hombres y animales[167], de acuerdo con Ulpiano. En cambio, «el *ius gentium* es aquel (Derecho) que procede de la razón y del intelecto de las gentes, del que usan casi todas ellas, que siempre es bueno y equitativo, y sin el cual los hombres no podrían vivir. Este Derecho se diferencia del Derecho natural como el cerebro de los hombres se diferencia del cerebro de los animales»[168]. Puede verse claramente que este *ius gentium* ocupa el

165. Cfr. *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana de A. D'Ors y otros. Pamplona, 1968.
166. «Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat». Cfr. comentario núm. 14 a D. 1,1,3. Cito por la edición de Venecia de 1615.
167. Cfr. comentario núm. 1 a D. 1,1,1,3.
168. «Ius gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi peraeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo

lugar de lo que entonces, y posteriormente, se entendió como *ius naturale*[169]. Es el Derecho creado por la *naturalis ratio* ante las necesidades humanas[170].

Por tanto, Baldo distingue y separa las inclinaciones comunes a hombres y animales de aquello que aconseja u ordena la razón natural. Por ello, explica que «la unión de voluntades no puede atribuirse en modo alguno al Derecho natural, porque aquí se define al Derecho natural en la medida en que coincide con los animales, y éstos carecen de razón»[171]. Lo correcto es, sigue explicando Baldo, mantener que cualquier acuerdo de voluntades «se fundamenta en el Derecho de gentes, porque si nos expresamos con propiedad, los animales no pueden consentir en nada, ya que la acción de asentir es un acto de asentimiento que sólo puede ser hecho mediante el intelecto y la razón»[172].

Pero una separación tan fuerte entre lo que podríamos llamar *lex naturae* y *lex rationis* resulta insostenible cuando se la contrasta con la práctica, y Baldo, por este hecho, cayó en dificultades insuperables. En efecto, guiado por el carácter ético-moral que más o menos difusamente se atribuía al Derecho natural por obra, sobre todo, de los canonistas, Baldo afirma que tal Derecho es inderogable por los hombres[173]; esto no tiene ningún sentido, porque lo ha concebido como un simple conjunto de inclinaciones naturales que no imponen ningún deber. Incurre, además, en la contradicción de afirmar que «toda obligación natural proviene del Derecho de gentes», porque «el consentimiento es propio del Derecho de gentes, hecho por el cual toda obligación natural pertenece al Derecho de gentes»[174]. Para ser consecuente con su doctrina debería haber mantenido que la obligación natural se fundamenta en el Derecho natural, y no en el *ius gentium*. Abundando en este tema, existen dos problemas que se plantea Baldo que tiene un valor especial. En primer lugar, está el de deter-

homines non possint vivere. Ius gentum distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium». Cfr. comentario núm. 1 a D. 1,1,4.

169. Heineccio indicaba varios siglos más tarde que el Derecho natural «primarium dicitur quod naturalis ratio (non natura communis sed propria hominibus) inter omnes homines constituit». Y el Derecho de gentes «ipsum ius naturale, integrarum gentium negotiis et causas adplicatum». Cfr. *Elementa Iuris Romani.* Madrid, s/f. parágrafos XXXVIII y XXXXI.

170. «Quod sumpsit originem a humanis necessitatibus». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,1,2.

171. Cfr. comentario núm. 8 a Inst. 1,2, *proemio.*

172. Cfr. comentario núm. 8 a D. 1,1,1,3.

173. Cfr. comentarios núms. 9 y 10 a D. 1,1,4.

174. «Omnis obligatio naturalis est de iure gentium... consensus est de iure gentium, ergo omnis naturalis obligatio est de iure gentium». Cfr. comentarios nn. 42 y 43 a D. 1,1,5.

minar si la obligación que recae de mantener a los padres ancianos viene exigida por el Derecho natural. Responde que no, porque *educatio patris facienda per filium non est ex instinctu naturae,* lo que es perfectamente coherente con su neta separación entre *natura* (inclinaciones naturales comunes a hombres y animales) y *ratio* (de la que se extraen normas exclusivas del hombre). Pero como esta declaración es excesivamente fuerte, porque parece contraria a una regla moral muy elemental, añade que tal deber *provenit ab aequitate naturali* [175]. No tiene sentido recurrir a la *naturalis aequitas,* de acuerdo con lo que él ha entendido por Derecho natural; debería haber aludido, para ser consecuente, a la *aequitas iurisgentium.* Al tocar este mismo problema en el comentario al Digesto ensombrece aún más la cuestión porque declara que tal obligación se fundamenta en el Derecho natural *quia homo formaliter est rationalis... et hoc modo est de iure naturali* [176]. El otro problema es el de la legitimación jurídica de la esclavitud. Ya hemos visto que Baldo transfiere al *ius gentium* la bondad ética que la tradición jurisprudencial había tenido siempre como propia del Derecho natural, y por este motivo el de Ubaldis escribe que *ius gentium semper bonum et aequum este nomine et re, et est amicum humani generis* [177]. Sin embargo, como el Derecho romano declara, como ya hemos estudiado, que la esclavitud ha sido «introducida» *contra natura* por el Derecho de gentes que deroga, así, la libertad que estatuye el Derecho natural [178], y esta opinión fue recogida unánimemente por la jurisprudencia anterior, él se ve obligado a admitir, abrumado quizá por el peso de una *communis oppinio* tan fuerte, que la servidumbre *a iure gentium originem sumpsit* [179].

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

1. Indicaba en el inicio de este estudio que entre el iusnaturalismo racionalista, también llamado «laico» o «profano», que aparece en el siglo XVII, y las doctrinas iusnaturalistas de los teólogos que

175. «Educatio patris facienda per filium, non est ex instinctu naturae... sed provenit ab aequitate naturali». Cfr. comentario núm. 10. a Inst. 1,7.
176. Cfr. comentario núm. 17 a D. 1,1,1,3.
177. Cfr. comentario núm. 4 a D. 1,1,5.
178. Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,3,2.
179. Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,3,2. BELLAPERTICA, que también había intentado deslindar con precisión el Derecho natural y el Derecho de gentes siguiendo un método similar al de BALDO, cayó también en la misma contradicción. Vid. *In libros Institutionum...,* cit., «de iure nat», comentario núm. 24.

con anterioridad se habían ocupado del Derecho natural —Santo Tomás y los integrantes de la llamada «Segunda escolástica española», fundamentalmente— existe una heterogeneidad excesiva como para encontrar una relación de precedencia entre uno y otro iusnaturalismo. En consecuencia, establecía la hipótesis de que tuvo que existir una fuente doctrinal desconocida hasta ahora que constituyó, ya en la Edad Media, un cuerpo de doctrina sobre el Derecho natural ampliamente aceptado y desarrollado; en este fuente, pues, es en donde se puede reconocer el origen y el primer desarrollo de la *iuris naturalis disciplina.*

En efecto, los primeros pasos de las doctrinas iusnaturalistas que encontramos en Grocio, Hobbes, etc., aparecen con nitidez en las doctrinas de los juristas medievales que he estudiado. En ellas encontramos ideas cuyo núcleo de significado más elemental se viene considerando patrimonio exclusivo de la Edad Moderna, como sucede, por ejemplo, con la teoría según la cual, atendido el Derecho natural, todos los hombres son igualmente libres.

Además, esta continuidad entre el Derecho natural de los juristas medievales y el iusnaturalismo moderno se ve reforzada por el hecho de que estos juristas presentaron sus doctrinas al margen de consideraciones teológicas: «¿Es necesario que estudie Teología el que quiera ser jurista?», se preguntaba Acursio. «No, pues en el *Corpus Iuris* encuentra todo lo que es necesario» [180]. Con esto no quiero decir que los juristas medievales crearon unas teorías iusnaturalistas al margen de la Fe cristiana. Al contrario, en una cultura en la que lo referente a la Fe era cosa colectiva y asunto público, se produjo un entrelazamiento de las cosas divinas y humanas que se percibe con claridad en la unidad vital del jurista creyente. Por este motivo, la ocupación con la *iurisprudentia* no era un simple *fatto laico,* como indica Nicolini [181], sino algo de carácter moral tan elevado en lo que errar suponía pecar contra el Espíritu Santo, como expresamente indicaba Acursio [182]. De esta forma, aunque encontramos testimonios diversos, relativamente amplios, sobre el carácter secular de la jurisprudencia medieval, lo cierto fue que la Fe quedó presupuesta en la actividad de los juristas que he estudiado.

180. «Quod quicumque vult iurisprudens vel iuriconsultus esset, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non.nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur». Cfr. *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiae elementarum libri quattuor. Commentariis ACCURSII et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati.* París 1559, glosa «e» del libro I, título II.

181. Vid. *I giuristi postaccursiani...*, cit., pág. 818.

182. GUIDO describe una disputa doctrinal en la que «Dominus vero Accursius opposuit eum de tali questione... Non, non, dicebat Accusius, non est ita, ipse

De todos modos, la naturaleza secular de la *iurisprudentia* quedó claramente establecida entre los legistas: una cosa, en efecto, era la ocupación con el Derecho, actividad de carácter científico con fundamentos propios, y otra la Teología. La jurisprudencia medieval parte de la masa doctrinal contenida en *ius comune,* y la Teología parte de la Revelación; existió, pues, una delimitación clara del campo de trabajo de cada cual. Paradójicamente, en los inicios del iusnaturalismo moderno, supuestamente «laico», se pierde esta separación nítida entre Teología y Derecho, y varios de los principales representantes del Derecho natural moderno asumen la Revelación, en este caso, la Biblia, como tópico frecuente de sus argumentos jurídicos, como es el caso, por ejemplo, de Grocio [183].

Resulta, pues, que Acursio, Bartolo, etc..., desarrollaron el Derecho de una forma muy estrictamente racional, bajo forma de glosa o comentario al Derecho romano, de modo que la «materia» de su reflexión jurídica les venía ofrecida, en principio, por el *Corpus Iuris,* y la garantía de la cientificidad de sus opiniones jurisprudenciales reposaba en el convencimiento de la íntima racionalidad de estas opiniones. La *ratio* era, para ellos el instrumento del conocimiento de lo racional o justo, que quedaba representado en las ideas de la *aequitas* o *iustitia.* Por ello, el trabajo del jurista debía ir encaminado a averiguar lo que era justo en cada caso, es decir, el *ius,* que era la manifestación externa de la justicia [184].

Rechazaron expresamente la dependencia respecto de la Teología, ya que estos juristas consideraron que la formación moral que les era necesaria llevar adelante para realizar su tarea, la adquirían suficientemente con el solo estudio de la *iurisprudentia* existente entonces. Acursio y Odofredo, juristas coetáneos, y frecuentemente enfrentados, estaban de acuerdo en mantener que la *iuris sola scientia habet caput et finem,* declaración que completaba este último indicando que tal cosa *in nulla alia arte invenitur* [185]. ¿Por qué razones estos juristas pretendieron que la jurisprudencia llevó una vida independiente

peccavit in spiritum sanctum dicendo contra casum huius legis, super (qua) examinatus est; per Deum non transibit». Cfr. Ms. LEIDEN, *Bibliotheek der Rijsuniversi teit,* B.P.L. 6 C, F. 54r. Cit. por G. GUALANDI, en *Un gustoso episodio della vita di Accursio e la data di composizione della «Glossa Magna» al «Digestum» vetus,* en «Studi Accursiani», cit., pág. 467.

183. Vid. CARPINTERO, *«Mos italicus»...,* cit. pág. 169.

184. Vid. E. CORTESSE, *«Iustitia» e principio soggettivo...,* cit. pág. 147.

185. En el comentario núm. 18 a la «Prima Constitutio», palabras «Omnem Reipublica», pág. 4 de la ed. cit., ODOFREDO escribe: «Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Justin. de alia arte. no. hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur».

de la Teología y Filosofía? Es difícil responder a esta pregunta; lo cierto es que los juristas, desde los inicios mismos del cultivo del Derecho romano en Bolonia, consideraron que «el saber jurídico es, en sí mismo, una verdadera filosofía» [186], y esta mentalidad perdura incluso hasta en la Edad Moderna [187].

2. Pero, además, interesa destacar el hecho de que los juristas de este período trataron —al ser su labor fundamentalmente exegética del Derecho romano— los temas que venían tratados en el *Corpus Iuris* [188]. Por este motivo, los conceptos jurídicos concretos que utilizaron estos juristas eran los que encontraban en la recopilación justinianea; así, del mismo modo que la configuración de la inmensa mayoría de los de los institutos del Derecho privado estuvo muy influida por las opiniones que sobre dichos institutos expusieron los juristas romanos, los conceptos del *ius naturale* y del *ius gentium* más utilizados durante la Baja Edad Media dependen, casi al pie de la

186. Mantenía ACURSIO que «civilis sapientia vera philosophia dicitur». Cfr. glosa «a» a D. 1,1,1. Vid. sobre este tema a BRUGI, *Dalla interpretazione delle legge al sistema del diritto,* en «Per la Storia...», cit., págs. 19 y 20. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune.* Milano, 1951, págs. 191-193.

187. ALBERTO BOLOGNETO, jurista «culto» del siglo XVI, escribía que «multi sunt in philosophia rudes, qui tamen in iurisprudentia laude excellunt». Cfr. cap. 9, núm. 8 de op cit. Odofredo rechaza la necesidad de estudiar disciplinas ajenas al cuerpo doctrinal constituido por el *ius commune.* Ya hemos visto hace poco que no consideraba necesario, para el que quisiera ejercitarse en la *iurisprudentia,* estudiar Teología, porque «in iure nostro tractatur de divinis». Y añade: «Item tractat de trivio et quadrivio». Cfr. comentario núm. 4 al tít. «De iust. et iure», en las palabras «iuris prudentiam», pág. 9. En este sentido, Bonucci, en *La derogabilità del diritto naturale nella Scolastica,* cit., pág. 254, indica que «I tentativi, a noi sembra, per allagare l'importanza dell'influenza sul diritto della filosofia medievale non sono riusciti a provar molto... la giurisprudenza no ha sentito in genere molto vivamente l'influenza della dottrine filosofiche; più ch'esse la formazione dei problemi l'ha suggerita la vita». Para no malentender, sin embargo, el alcance de esta opinión de BONUCCI, es preciso distinguir entre la creación del Derecho a partir de un sistema filosófico determinado y el uso de nociones filosóficas en la actividad de los juristas medievales. Esto último no implica la sumisión de la jurisprudencia a las filosofías en boga durante la Edad Media. GUALAZZINI, en *L'insegnamento...,* cit., pág. 29, indica que los glosadores de los siglos XII-XIII poseyeron una cierta cultura enciclopédica, ya que en sus glosas se encuentran citas de San Isidoro, Cicerón, Casiodoro, etc... Algunos estudios recientes sobre este tema son los de N. HORN, *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus,* cit., y el de G. OTTE, *Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophische Vorbildung der Glossatoren,* en SZ Rom. (1968), págs. 368-393.

188. No quiere decir esto que su labor fuera exclusivamente exegética. Vid. HORN, *Die juristischen Literaturtypen..., passim,* en donde expone los distintos tipos literarios que asumió la literatura jurídica medieval. BRUGI, en *I libri di studio dei nostri antichi scolari,* en «Per la storia...», cit., págs. 1-14, distingue hasta siete tipos de obras utilizadas en la docencia del Derecho: *Apparatus, Repetitiones, Summae, Casus,* colecciones de máximas o *Brocarda, Distinctiones, Quaestiones* y *disputationes, Breviarii,* y manuales sobre derecho procesal.

letra, de las afirmaciones contradictorias que se encuentran, sobre ambos tipos de Derechos, en el *Corpus Iuris*. La teorización medieval sobre el Derecho natural se movió, por tanto, en torno a lo expuesto sobre este tipo del Derecho en los textos romanos, de modo que incluso la extensión que dieron los juristas romanos al tratamiento del *ius naturale et gentium* determinó la atención que los glosadores y comentadores concedieron a este tema [189].

Pero no sólo fue la extensión dedicada al estudio de estos Derechos el factor determinante para el Derecho natural medieval. Como hacía notar líneas arriba, los conceptos concretos que aparecen en las compilaciones justinianeas fueron los asumidos por los autores medievales, fundamentalmente por los juristas y, en mayor medida, por los teólogos [190]. Estos últimos, dentro de su investigación acerca de los fundamentos últimos del orden moral, profundizaron en el estudio del Derecho natural, superando muy ampliamente lo que venía sugerido en el Derecho romano [191]. Los juristas, en cambio, poco for-

189. Este hecho lleva a G. FASSÒ a escribir, inexactamente según mi juicio, que «E evidente che i glossatori non hanno nessun interesse per il diritto naturale e non pongono nessun impego nell'approfondire il concetto: fine a non preocuparsi, a proposito di esso, neppure della coerenza. Legati alla dettera della legge che stanno spiegando, la parafrasano». Cfr. *I glossatori...*, cit., pág. 700.

190. Sobre este tema escribía GRABMANN que «Die Lehre von Naturrecht ist vor allem durch den Einfluss der Jurisprudenz des römischen und der kanonischen Rechts in der Scholastik eingetreten». Cfr. *Die Naturrecht der Scholastik...*, cit. pág. 15. E. GALÁN Y GUTIÉRREZ destaca la enorme influencia del Derecho romano en la doctrina iusnaturalista de Santo Tomás de Aquino. Vid. *Ius Naturae*, cit. vol. II, págs. 252 y ss. Galán considera tal influencia nociva, y esto le lleva a mantener que las consideraciones iusnaturalistas «no constituyen la parte más fructífera del pensamiento de Santo Tomás acerca de la cuestión. Cuando Santo Tomás discurre expresamente sobre el tema del Derecho natural, cuando trata de fijar y delimitar su concepto, la tradición de ideas legadas por el pensamiento de la Antigüedad, y, especialmente, por los juristas romanos, entorpecen sus movimientos y le hacen perder originalidad» Cfr. *ibidem*. Por su parte, P. M. FARRELL, indica que «Two further early Jurists are, however, principal sources for formulas and distinctions which St. Thomas will adopt and stabilize in the *Prima Secundae* and in the *Secunda Secundae*. These are Gaius... and Ulpian». Cfr. *Sources of St. Thomas' concept of Natural Law*, en «The Tomist» XX (1957), pág. 267. Sobre este tema, pueden verse, además, los estudios de J. M. AUBERT, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*. París, 1955, y O. ROBLEDA, *La noción tomística de la ley en la relación con el pensamiento romano*, en «Studi in onore di E. Volterra». Milano, 1971, vol. I, págs. 637 y ss.

191. A este respecto, repara GRABMANN que «In der Scholastik hat die Naturrechtstheorie eine über die Jurisprudenz weit hinausgreifende Behandlung, Weiterbildung und Ausgestaltung gefunden, sie ist, wenn auch die juristischen Definitionem noch weiter gebraucht werden, zu einen organischen Bestandteil der scholastischen philosophis-teologischen Spekulation geworden. Der Grund hierfür liegt in der ausgiebigen Verwaltung der augustinianischen Gedankenwelt und sodann auch in der Bearbeitung der Naturrechtslehre mit den Mitteln der aristotelischen Metaphysik». Cfr. *Die Naturrecht der Scholastik...*, cit., pág. 18.

mados en la Filosofía moral, se cerraron en torno a una exégesis de los textos iusnaturalistas romanos [192], y sólo muy paulatinamente, en una labor que duró varios siglos, lograron desarrollar el núcleo de significado contenido en dichos textos.

Por este motivo no nos debe extrañar la falta de especulación iusfilosófica que demuestran los escritos de los juristas [193]. El *Corpus Iuris* era para ellos suficiente para responder a las preguntas que un jurista pudiera plantearse a propósito de un problema jurídico [194]. En consecuencia, hubo que esperar a que el Derecho romano perdiera su validez configuradora de la realidad —cosa que sucedió en el siglo XVI [195]— para que las ideas confusas sobre el Derecho natural que aleteaban en los comentarios romanistas de los juristas recibieran un tratamiento autónomo y profundo.

Ciertamente, al crecer la ciencia jurídica medieval sobre la base del Derecho romano, lo contenido en este Derecho se convirtió en un «corsé» intelectual que limitó extraordinariamente el campo de las ideas con el que estos juristas se movieron. De todos modos, tengo la impresión que la jurisprudencia romana, más que de barrera, actuó históricamente como plataforma de despegue de una argumentación jurídica muy libre.

Efectivamente, las opiniones de los juristas romanos expuestas fundamentalmente en el Digesto y en la Instituta, sirvieron para crear unos tópicos jurídicos —opuestos diametralmente al Derecho vigente en la sociedad medieval, como sucedió, por ejemplo, con el de la libertad e igualdad de todos los hombres fundamentada en el Derecho

192. Refiriéndose a este tema, FASSÒ escribe exageradamente que «Odofredo è, come sempre, pittoresco; ma non si creda che gli altri glossatori, e lo stesso Acursio, vadano molto al di là di lui quanto a sensibilità filosofica. La loro assoluta mancanza di senso filosofico stupisce anzi chi conosca la consideracioni dell'argomento del diritto naturale suggerisci ai teologi loro contemporanei». Cfr. *I glossatori...,* cit., págs. 693-697.

193. Weigand indica que la actividad de estos juristas «bestand hauptsächlich im Glossieren der Quellentexte. Ihre meist kurzen Erläuterungen sind nur zusammen mit dem erörterten Text voll verständlich. Deshalb sind von vornherein in der Frühzeit der Schule von Bologna keine grossen, zusammenhängenden Darstellungen des Naturrechts zu erwarten». Cfr. *Die Naturrechtslehre...,* cit., pág. 18.

194. Sobre este punto escribe PIANO MORTARI que «il *Corpus Iuris* era considerato inesauribile della verità nel campo del diritto: la giurisprudenza in primo luogo era la scienza del *Corpus Iuris*». Cfr. *Il problema dell'interpretatio...,* cit., pág. 58. Consecuentemente con esta afirmación, escribe más adelante que «nel suo complesso, l'attività di carattere teorico del giurista si risolvese in definitiva nella *interpretatio:* i giuristi medievali identificarono completamente la *scientia iuris* con l'interpretazione giuridica». Cfr. op. cit., pág. 66.

195. Sobre las razones de la «historificación» del Derecho romano, vid. entre otros muchos, a D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico.* Milano, 1964, *passim.*

natural— en torno a los cuales fueron tomando forma principios fundamentales de la cultura jurídica europea moderna [196].

Sin embargo, las doctrinas iusnaturalistas medievales, a pesar de esta afinidad con las teorías que se desarrollan en los siglos XVI y XVII, no fueron capaces de configurar efectivamente la vida social de los siglos XII a XVI. ¿Por qué razones?

Me parece que la respuesta a esta pregunta sólo puede obtenerse recurriendo al estudio de los condicionantes políticos, en su sentido más amplio, de las Edades Antigua y Media. Lo cierto es que los juristas medievales, al igual que los jurisprudentes romanos, reconocieron la *teórica* libertad e igualdad de todos los hombres pero no hicieron un desarrollo coherente de este principio. Por este motivo, aunque algunos puntos de las doctrinas iusnaturalistas de la Edad Media son extraordinariamente parecidos a otros que se utilizaron en los siglos XVII y XVIII, jugaron, sin embargo, unas funciones absolutamente dispares. A los modernos, en efecto, les sirvieron para fundamentar un Derecho ideal, presuntamente extraído de la razón, que fue contrapuesto, con pretensión de validez jurídica, al Derecho socialmente vigente. En cambio, el Derecho natural de la Edad Media carece de los presupuestos mínimos necesarios para poder ser considerado un Derecho vigente. Así, por ejemplo, se afirmó la igualdad de todos los hombres según el Derecho natural pero, al mismo tiempo se admitía la licitud jurídica de la esclavitud. ¿Cabe una contradicción más clamorosa? Ante este hecho es preciso preguntarse por la función que tuvo la idea del *ius naturale* en la jurisprudencia del *ius commune*.

Evidentemente, el Derecho natural no fue considerado como el patrón según el cual debe ser valorado el *ius positivum* del modo que, por ejemplo, lo entendería hoy un autor escolástico formado en la filosofía jurídica de Santo Tomás. Es preciso, pues, abandonar al menos parcialmente la idea —muy extendida, por cierto— de que el Derecho natural se compuso en las doctrinas de los juristas de la Edad Media de un conjunto de principios éticos inviolables cuyo se-

196. Ciertamente, esta afirmación debe ser tomada con cautela; con frecuencia, las tesis iusnaturalistas medievales y modernas sólo tienen en común el uso de las mismas palabras. Pero, aún así, el simple lenguaje cumplió una función de importancia fundamental, reconocida por G. NOCERA cuando indica que «Certo, ogni secolo parla il suo lingguagio, perchè ogni secolo obbedisce alla legge della sua struttura materiale e spirituale. Ma ogni secolo anticipa in qualche modo il linguaggio dell'avvenire, tenendo peraltro conto che, a meno di rivoluzione... le forme espresive mantengono un cauto riserbo nei confronti del futuro, perchè la lingua che tutti intendono è sopra quella del passato o, fuor di metafora, del diritto consolidato». Cfr. *Il diritto naturale nella esperienza giuridica romana.* Milano, 1962, pág. 48.

guimiento garantizaba la cientificidad o la bondad última del *ius civile*[197] de modo que éste, es decir, el Derecho positivo, fuera la concreción o la determinación histórica del Derecho natural[198].

Por el contrario, el Derecho natural aparece en los juristas medievales, igual que en los juristas romanos, como algo que se refiere a un ideal o meta a conseguir, como una idea completamente utópica y, por ello, sin virtualidad precisa. Por este motivo, a pesar de sus raíces —que entroncan con el inicio de la Humanidad en el *status naturae*—, y en contra de su rango de justicia eterna, el Derecho natural medieval, con su proclamación de la libertad e igualdad de todos los hombres, aparece condenado a representar el papel del rey que reina, pero no gobierna[199].

Aparece, por tanto, como un ordenamiento jurídico inferior[200] sin apenas eficacia en la vida real. ¿Puede afirmarse, por esto, que el Derecho o la jurisprudencia medieval pueden ser entendidos sin tener en cuenta el Derecho natural?

Esta es una cuestión frente a la que no estoy en condiciones de contestar con tono seguro. Hay que tener en cuenta, para valorar correctamente la función que cumplió el *ius naturale,* que el Derecho natural aparecía como una norma absoluta y eterna por su valor casi incondicionado, que por este motivo, sólo podía ser derogada parcialmente[201], pero no en su totalidad. Algunos de sus principios, como el que ordenaba no castigar al inocente, fueron tenidos por inviolables o indispensables en cualquier caso[202].

Pero me parece equivocado —porque lleva a soluciones que son solamente ciertas parcialmente— enjuiciar exclusivamente desde este

197. Vid. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretazione...,* cit., págs. 33, 67, 87 y 88.
198. Vid. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretazione...,* cit., pág. 92.
199. «In conclusione, ad onta delle sue radici, lunghe e antico quanto la storia del mondo degli uomini (Inst. 2,1,11); ad onta, dunque, della sua stessa identità con le leggi della vita zoologica (Inst. 1,2, pro.); malgrado il suo rango di giustizia sempiterna (D. 1,1,11); ad onta, dunque di tutti questi elementi che pongono il diritto naturale al vertice di ogni ordinamento, distaccandolo anzi dall'operare e dal consenso degli uomini, il diritto naturale conosce, più di ogni altro diritto, la contradizioni clamorose con la realtà». NOCERA, *Il diritto naturale...,* cit., pág. 49.
200. Vid. MASCHI, *Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiori?* Studi Koschaker. Milano, 1954.
201. Indica BESTA que el Derecho natural «diveniva invece nel concetto di Irnerio una norma superiore assoluta ed eterna cui lo *ius civile* contingente e mutevole poteva limitare le manifestazioni esteriori, non soffocare ed abolire lo spirito». Cfr. *L'opera di Irnerio.* Torino, 1896, vol. I, pág. 239.
202. Consecuentemente, los juristas y teólogos medievales y modernos mantuvieron unánimemente que la ley positiva humana, para ser justa y poder ser considerada ley, debía deducirse del Derecho natural, o encaminarse a su cumplimiento. Era nula si se oponía al núcleo de principios jurídico-morales más elementales. Vid. entre otros, CARPINTERO, *Del derecho natural medieval...,* cit., págs. 102 y ss.

ángulo el papel que cumplieron las diversas doctrinas sobre el *ius naturale et gentium.* Existe, en efecto, una faceta de este entramado de problemas que considero de mucha más relevancia que los principios ético-jurídicos inviolables atribuidos al Derecho natural; me refiero al hecho de que junto a los principios de justicia que componían parcialmente el contenido del Derecho natural medieval, existió —como un segundo cuerpo de doctrina atribuida directa y exclusivamente al *ius naturale*— un conjunto de «preceptos» substancialmente distinto del anterior, puesto que sus normas eran derogables y dispensables; este segundo cuerpo de doctrina iusnaturalista se componía de unas normas presuntamente dictadas por la *natura* que, fundamentalmente, describían o fundamentaban la libertad de todos los hombres, como hemos estudiado. De esta consideración de la natura hominis brotaron —por influencia directa del Derecho romano— unos principios o reglas opuestos a la realidad jurídica en cuyo mismo marco existían y eran posibles [203].

Quedaron, así, dos sectores del Derecho natural cuyos límites recíprocos no fueron fijados con precisión. Pero la lógica contenida en lo más íntimo del *ius naturale,* que tenía como elemento central la superioridad de este Derecho sobre cualquier otro orden normativo de origen humano, llevó ineludiblemente hacia una consideración unitaria de todos los preceptos del Derecho natural, de modo que la inviolabilidad e indispensabilidad que se atribuían solamente a una parte de sus normas, acabó abarcando todo el núcleo de doctrina iusnaturalista contenida tanto en el *Corpus Iuris* como en las glosas y comentarios que sobre él hicieron los juristas de la Edad Media.

Este proceso de generalización de la indispensabilidad de la eticidad incondicionada del *ius naturale* se advierte con gran claridad en las obras de Fernando Vázquez de Menchaca, autor importante del siglo XVI para entender el inicio del *iusnaturalismo* de la Edad Moderna.

Vázquez, en efecto, comenzó a aplicar conscientemente los tópicos iusnaturalistas medievales al estudio de la realidad social de su tiempo pretendiendo —y aquí reside la diferencia decisiva con los juristas medievales— que tales tópicos moldearan y organizaran realmente la sociedad. Así, por ejemplo, la idea de la «omnium una libertas»

203. Por este motivo encontramos en bastantes autores la afirmación de que la esclavitud es opuesta al Derecho natural. Pero el que se afirme tal cosa no fundamenta la proposición de que «la esclavitud es opuesta al Derecho natural y, *en consecuencia,* debe ser suprimida». Al contrario, la esclavitud, fundamentada por aquellos autores en el *ius gentium,* que derogaba en este punto el Derecho natural, era perfectamente legítima dentro de los principios jurídicos fundamentales que regían el contenido exigible en las normas del Derecho positivo.

transmitida por los autores medievales tomó forma y operatividad jurídicas en la doctrina de Vázquez estableciendo que a tal forma de libertad correspondió históricamente un *status naturae* en el que todos los hombres eran igualmente libres y que se abandonó para entrar en una sociedad «civil» solamente bajo la condición de buscar lo mejor para cada uno de los ciudadanos. De aquí resultan ya algunas consecuencias fundamentales en las doctrinas políticas de este autor: al ser todos los hombres igualmente libres en el *status naturae,* porque así lo estatuía el Derecho natural, sólo pudieron someterse unos a otros voluntariamente, lo que implica un origen contractual de la comunidad política. Por el mismo motivo, cualquier medida de gobierno que no persiga el bien de los ciudadanos es ilegítima, y atenta, por tanto, contra la justificación misma del poder político [204].

De esta forma, las normas procedentes de la *ratio* (que expresaban principios incondicionados de justicia y, por esto, eran indispensables), se fundieron con aquellas otras que, como la *omnium una libertas,* habían sido tenidas durante la Edad Media como derogadas por ordenamientos jurídicos posteriores cronológicamente al Derecho natural. Así se creó un cuerpo único de normas del Derecho natural que poseían igual pretensión de vigencia jurídica, y el *ius naturale* comenzó, así, a ser un rey que reina y que también gobierna.

Por este camino, los tópicos fundamentales del Derecho natural medieval, lanzados a voleo sobre la jurisprudencia de los siglos XVI y XVII, constituyeron los puntos de partida de la *iuris naturalis disciplina* que se institucionalizó como ciencia autónoma en el siglo XVII.

3. Los datos antes expuestos nos muestran que el Derecho medieval se hizo relativamente al margen de la Filosofía, de la Teología y, en general, de la cultura humanista de su tiempo [205]. Pudiera pensarse que de la Filosofía tomaron únicamente la Lógica [206], que les sirvió para construir el armazón de los conceptos jurídicos. En este sentido, podría suponerse que la Lógica y la Dialéctica proporcionaron los cauces metodológicos por los que discurrió rígidamente la

204. Vid. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval...,* cit., cap. III, *per totum.*
205. Este hecho llevaba a escribir a GUILLERMO BUDEO, en el primer tercio del siglo XVI, que los juristas eran *perosos, ab omnibus doctrinis humanioribus abhorrentes, rusticos, invenustos, illepidos, hircosos. Qui nisi ut villicus alium, ita ipsa barbariem ubique... homines affectatae rusticitatis,* etcétera. Cfr. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum.* París, 1543, pág. 7.
206. Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio,* cit., pág. 106. GUALAZZINI repara, aunque sólo de pasada, en la influencia que los estudios del Trivium sobre la Lógica tuvieron en el derecho jurisprudencial. Vid. *Trivium...,* cit., pág. 118. Idem GIULIANI en *La logique de la controverse...,* cit., pág. 225.

ciencia jurídica medieval y que, según los autores antes citados, llevaron a esta jurisprudencia hacia una exasperación logicista que originó su decadencia.

Este juicio, tan extendido como infundamentado, no puede ser tenido por cierto. Desde luego, sin lógica en absoluto no se puede trabajar con conceptos. De hecho, la Lógica les sirvió a los juristas medievales para construir un entramado de conceptos jurídicos, con el que no se buscaba tanto la construcción de conceptos más complejos como la resolución de los problemas planteados, puesto que, como escribía Bellapertica, «el multiplicar los inconvenientes no sirve para resolver los problemas» [207].

La Lógica que emplean es, por tanto, muy elemental y, por ello, sus teorías pueden ser entendidas con toda facilidad por quien no ha estudiado especialmente la Lógica o la Dialéctica medievales.

El punto de arranque de la jurisprudencia de la Edad Moderna no se puede, por tanto, entender si se prescinde de la argumentación fluída, ágil y libre, característica de la jurisprudencia medieval. Nota esencial suya, desde sus inicios, es la relación fundamental entre *ius, aequitas* y *iustitia,* que se concretan y resumen en el concepto de *ratio.* Sin esta libertad argumentativa no se podría entender la elevación al rango de opiniones jurisprudenciales, o de normas jurídicas jurisprudenciales, de aspiraciones o deseos que, al margen o contra el derecho realmente vigente, solamente encuentran su fundamentación en consideraciones basadas en la *humanitas* o en una supuesta *natura.* No cabe ninguna duda que el talante metódico de los glosadores y comentadores configuró un razonamiento metódico que perduró durante siglos, y que permitió que el razonamiento iusnaturalista moderno apareciera, en los siglos XVI y XVII, sin romper con la tradición [208].

4. De esta forma, tanto el método *racionalista* de la jurisprudencia medieval [209] como el uso de unos conceptos del Derecho natural que, en la Edad Media, encontramos fundamentalmente en los juristas, tales como la identificación del *ius naturale* con la *communis omnium possesio* y la *omnium una libertas,* llevó paulatinamente a

207. «Inconveniens multiplicare non est solvere». Cfr. *Lectura Institutionum...,* cit., comentario núm. 9 al título «De iust. et iure».

208. Vid. CARPINTERO, *«Mos itallicus», «mos gallicus»...,* cit., págs. 135 y ss.

209. El estudio que ampliamente realiza PIANO MORTARI sobre los recursos dialécticos empleados por los juristas de los siglos XIII-XVI le lleva a hablar de «una concepción racionalista del Derecho propia de los comentadores». Cfr. *Dialettica...,* cit., pág. 306.

la jurisprudencia occidental, sin estridencias ni rupturas bruscas con la tradición, hacia unas doctrinas del Derecho natural que comienzan a manifestarse con bastante claridad en el siglo XVI.

Sin embargo, no parece que se haya valorado correctamente la trascendencia de estos dos factores del iusnaturalismo medieval (es decir, los conceptos concretos, y el método) para conocer el origen del Derecho natural moderno. Ha sucedido que las luchas por el método en la jurisprudencia que se manifiestan en el siglo XVI, fundamentalmente entre los seguidores de las tendencias conocidas como «mos italicus» o método tradicional y el «mos gallicus» que pretende recomponer el auténtico Derecho romano, ha llevado a los juristas a tomar conciencia desde muy tempranamente en la historia de las distintas corrientes metódicas que han existido en el campo del Derecho.

Sin embargo, no ha existido esta misma reflexión sobre los distintos contenidos materiales iusnaturalistas que se manifiestan abiertamente en el siglo XVII. El desconocimiento de la acepción del *ius naturale* como libertad natural, anterior y superior a cualquier tipo de subordinación, incluida la que implica el mismo poder político, llevaba a Martín de Azpilcueta a escribir en el siglo XVI, polemizando con Bartolo, que «quienes dicen que el poder político es cosa contraria al Derecho natural, están locos» [210].

Sucedía —y de esto no era consciente Azpilcueta a mediados del siglo XVI— que él se estaba enfrentando con toda una corriente doctrinal —la de los juristas— que poco o nada tenía en común con la doctrina aristotélico-tomista sobre el fundamento del poder político, que era la única que él conocía.

Espero que lo expuesto en este estudio sirva para evitar las perplejidades y discusiones del tipo de las que aquejaban a Martín de Azpilcueta: discutir con un adversario desconocido.

210. «Regnum et regiam potestatem qui dicunt esse contra ius naturae insaniunt». Cfr. *Relectio super cap. Novitate de iudiciis.* Lyon, 1595, vol. II, pág. 112.